مصـــــادر الالتـــزام
الجـزء الأول

دكتـــور
مصطفى عبد الجواد
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية حقوق بني سويف – جامعة القاهرة

٢٠٠٤
الناشـــر
دار النهضة العربية

بسم الله الرحمن الرحيم

" يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود .... "

صدق الله العظيم

سورة المائدة – آية رقم ١

مبحث تمهيدي

فكرة الالتزام ومصادره بوجه عام

تحتل نظرية الالتزام مكانة هامة في النظام القانوني – أيا كان – ونظراً لما تمثله هذه النظرية من أهمية بالغة ، مما دعي البعض إلي اعتبارها بمثابة نظرية القيمة في الاقتصاد السياسي [1] . فهي بالنسبة للنظام القانوني بمثابة العمود الفقري من الجسم ، ويجد فقهاء القانون فيها مجالاً خصبا للسمو بالمنطق القانوني إلي أرفع مكان ، بل إن البعض يبالغ فيجرد النظرية مما تشتمل عليه من حقائق اقتصادية وإجتماعية وأدبية ، ويبرزها في صورة قواعد فنية تقوم علي المنطق البحت ، وتقترب بذلك من المسائل الرياضية والعلوم الطبيعية ، بل لقد ذهب البعض إلي وضع أسساً رياضية لهذه النظرية يضاهي بها النظريات الهندسية [2] .

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكي : نظرية الالتزام في القانون المدني المصري – الجزء الأول – دار مطابع الشعب – القاهرة – ١٩٦٦ – ص ٩ ، والمرجع المشار إليه بهامش ٧ .

(٢) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني – جـ ١ – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام – المجلد الأول (العقد) – الطبعة الثالثة – تنقيح المستشار محمد مصطفي الفقي ، د / عبد الباسط جميعي – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨١ – ص ١٤٦ .

والحق أن لنظرية الالتزام أهمية بالغة ، فهي أساس القانون المدني، بل القانون الخاص بفروعه المختلفة [١] . وتكتسب النظرية أهمية أيضا في مجال القانون العام حيث تضع قواعد كلية تسري علي علاقات الأفراد بالسلطات العامة ، وعلي علاقات الدول في الجماعة الدولية ، غير أن تطبيق قواعدها علي هذه العلاقات أو تلك قد يتحور ليناسب طبيعة علاقات القانون العام [٢] .

ومن هنا كانت نظرية الالتزام أولي النظريات القابلة للتوحيد في شرائع الأمم المختلفة وذلك بسبب وحدة أصلها التاريخي – حيث استمدت من القانون الروماني – وقيامها علي التجريد والتعميم والمنطق ، وبالتالي كان طبيعياً أن تجد أولي محاولات التوحيد التشريعي الدولي أو الإقليمي مجالها الخصب في مجال نظرية الالتزام [٣] . ولهذا فإن لنظرية الالتزام طابعاً عالمياً[٤] .

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكي / نفس المرجع – ص ١٠ .
(٢) نفس الإشارة .
(٣) د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل : نظرية الالتزام – ج ١ – المصادر الإرادية للالتزام (العقد والإرادة المنفردة) – الطبعة الثانية – مؤسسة دار الكتب – الكويت .– ١٩٩٨ – ص ١٤ .
(٤) د/ عبد الحي حجازي : النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي – دراسة مقارنة – الجزء الأول – مصادر الالتزام (المصادر الإرادية) – المجلد الأول – باعتناء الدكتور / محمد الألفي – مطبوعات جامعة الكويت – ١٩٨٢ – ص ٢٣، ص ٢٤ حيث يشير سيادته إلي أن الطابع العالمي لنظرية الالتزامات كان سببا في فصل نظرية الالتزامات عن القانون المدني وجعلها في مجموعة مستقلة إلي جوار مجموعة القانون المدني ، كما هو الحال في سويسرا وبولونيا وألمانيا واليابان .

ونظرية الالتزام هامة في حد ذاتها ، حيث يعد الالتزام – من الناحية العملية – أهم وسائل الشخص لتسيير أمور حياته وإشباع حاجاته اليومية، إذ أن كل شخص يحتاج إلي المأكل والملبس والتنقل من مكان إلي مكان وهو في حاجة إلي العلاج حين يمرض ، ووسيلته إلي ذلك كله هي أن يبرم عقوداً مع غيره يشبع بواسطتها هذه الحاجات . كما يعد الالتزام وسيلة كل شخص للحصول علي أموال جديدة وللمحافظة علي هذه الأموال ، وأخيراً فإن الالتزام أصبح ثروة في ذاته بعد أن كان يعد في الماضي مجرد وسيلة للحصول علي ثروة عقارية [١] .

ولعل من المفيد أن نوضح بعض المسائل الأولية في هذا المبحث التمهيدي وذلك علي النحو التالي :

أولا : التعريف بنظرية الالتزام وتطورها وتقنينها .

ثانيا : مفهوم الالتزام .

ثالثا : أنواع الالتزامات (تقسيماتها) .

رابعا :ترتيب مصادر الالتزام وموقف التقنين المدني المصري .

---

(١) د/ عبد الحي حجازي : نفس المرجع – ص ١٧ وما بعدها .

* خطـــة الدراســـة .

أولا : التعريف بنظرية الالتزام وتطورها وتقنينها :

يقصد بنظرية الالتزام تلك النظرية التي تضم القواعد والمبادئ المتعلقـــة بتنظيم الالتزام بصفة عامة ، من حيث كيفية نشوئه – أي مصـــادره – ، ومن حيث آثاره والأحكام التي تلازم وجوده ، والأسباب التي تؤدي إلـــي زواله أو انقضائه .

فنظرية الالتزام هي " مجموع الوسائل القانونية الفنية التي يتسنى بها للأفراد أن يكتسبوا حقوقاً مالية بعضهم تجـاه بعــض " (١) . إذ يعــد الأشخاص والأشياء عنصران جوهريان من عناصر القانون المدني ، وإلي جانب ذلك هناك عنصر ثالث هو الوسائل القانونية الفنية التي يتاح بهـــا للأفراد أن ينشئوا فيما بينهم علاقات ذات طبيعة مالية (٢) .

تطور نظرية الالتزام :

تتميز قواعد نظرية الالتزام بأنها قواعد ومبادئ كلية تسرى علي سائر الالتزامات فضلاً عن أنها قواعد تقـــوم علـــي التجريـــد والتعمـــيم والمنطق ، وتستمد أصلها التاريخي من القانون الروماني (٣) .

ونظراً لذلك فقد تميزت قواعد النظرية بنوع من الثبات ، مما جعل البعض يعتقد أن هذه النظرية لا تقبل التطور أو التغيير ، غيـــر أن هـــذا

---

(١) د/ عبد الحي حجازي : ص ١٥ .

(٢) نفس الإشارة .

(٣) د/ محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق – ص ١٠ ، ص ١١ .

الاعتقاد غير صحيح ، ذلك أن نظرية الالتزام قد تطورت تطورا كبيرا منذ عهد الرومان (١) ، وقد تجلى هذا التطور في صياغتها القانونية (٣) ، كما تطورت النظرية في روحها إذ تغيرت طريقة معالجة المشرعين والشراح لهذه النظرية ، وتطورت فكرة الالتزام ذاتها ، وكذلك طرق نشوء الالتزام بصفة عامة والالتزام التعاقدي بصفة خاصة ، وبالمثل تطور الالتزام التعاقدي من حيث انتقال الملكية ، وأخيرا فقد تطور الالتزام من حيث روحه، إذ تأثر بالمذهب الاشتراكي تأثراً كبيراً (٣) .

وقد ساعد على هذا التطور عدة عوامل اجتماعية واقتصادية وسياسية وأخلاقية (٤) .

---

(١) د/ السنهوري : المرجع السابق – ص ١٤٦ .

(٢) د/ أنور سلطان : الموجز في مصادر الالتزام – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية – ١٩٩٨ – ص ٤ .

(٣) في هذه الأمور تفصيلا ، راجع : د/ عبد الحي حجازي: المرجع السابق – ص ٢٦وما يليها.

(٤) فالعوامل الاجتماعية ترجع إلي سيادة المذاهب الاشتراكية في الوقت الحالي ، وازدياد تدخل المشرع بالتنظيم في العقود ، أما العوامل الاقتصادية فترجع إلي أن العصر الحالي هو عصر الآلات الميكانيكية مما أدي إلي ظهور نظريات جديدة كنظرية تحمل التبعية ، وظهور أنواع جديدة من العقود لم تكن معروفة من قبل كالعقود الجماعية والعقود النموذجية ، وعقود التزام المرافق العامة . كما أدت المشاكل الاقتصادية إلي خلق نظريات جديدة كنظرية الظروف الطارئة كما أثرت العوامل الأخلاقية في نظرية الالتزام ، حيث ظهرت مبادئ قانونية مستمدة من الأخلاق ، كمبدأ الغش يفسد العقود ، ومبدأ حسن النية في المعاملات ، ونظرية الإثراء بلا سبب على حساب الغير ، ونظرية عدم جواز التعسف في استعمال الحق ، وغيرها كثير.

– أنظر في ذلك تفصيلاً لدي الأستاذ الدكتور السنهوري : المرجع السابق – ص ١٤٦ : ص ١٤٨ ، الأستاذ الدكتور / عبد الحي حجازي : ص ٣٦ : ص ٤١ ، حيث يذكر سيادته أن العوامل السياسة قد أثرت في نظرية الالتزام ، إذ ظهرت نظم سياسية جديدة تضع صالح الجماعة فوق كل اعتبار مما أدي إلي نشوء فكرة العقد الموجه والعقد الجبري .

والخلاصة أن نظرية الالتزام قد تطورت تطورا كبيرا . غير أنها تتمتع بنصيب من العمومية والتجريد ودقة الصنعة يكفل لها ثباتا نسبيا ذلك لأن التطور لا ينال من القواعد العامة بقدر ما ينال من تطبيقاتها . ولهذا كان تطور هذه النظرية بطيئاً كقاعدة عامة إلا إذا حدثت ثورات اجتماعية وأزمات اقتصادية وعوامل سياسية تعجل هذا التطور .

<u>تقنين النظرية :</u>

إذا كان بناء النظرية عامة للالتزام يمثل عملاً فقهياً بطبيعته [٤] ، إلا أن التشريعات الحديثة قننت أحكامها اهتداءا بمسلك القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٥ والذي تضمن أحكاما عامة للالتزام . وقد خصص التقنين المدني المصري السابق الصادر عام ١٨٨٣ لقواعد الالتزامات كتاباً خاصا عنوانه " التعهدات والعقود " كما تناول التقنين المدني المصري الحالي تنظيم الحقوق الشخصية او الالتزامات في القسم الأول من قسميه ، وفي الكتاب الأول من هذا القسم عالج المشرع قواعد " الالتزامات بوجه عام " أي الأحكام العامة للالتزام ، وفي الكتاب الثاني نظم

---

(١) د/ أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد – الكتاب الأول – مصادر الالتزام – ١٩٥٤ – بند ٦ – ص ٨ .

(٢) د/ عبد الحي حجازي ! ص ٤١ .

(٣) مشار إليه لدى : د/ عبد الحي حجازي : هامش ٦٨ – ص ٤١ .

(٤) د/ جميل الشرقاوي : النظرية العامة للالتزام – الكتاب الأول – مصادر الالتزام – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٣ – ص ٢٦ .

العقود المسماة .

ويلاحظ أن التقنين المدني المصري الحالي وإن كان متأثراً إلي حد كبير بقواعد القانون الفرنسي ، إلا أن المشرع المصري قد حرص علي الاستفادة من سائر نواحي التقدم في التشريعات الحديثة [١] ، ولهذا تجد بعض القواعد في القانون المدني المصري لا مثيل لها في القانون المدني الفرنسي [٢] ، وهي قواعد تمثل ما تحقق من تطور وتقدم في مبادئ نظرية الالتزام بعد صدور مجموعة نابليون [٣] .

ثانيا مفهوم الالتزام :

لم يكتب النجاح للمحاولات الفقهية التي كانت تهدف إلي تقريب الحق الشخصي من الحق العيني ، وأضحت التفرقة بين الحقين مستقرة في عالم القانون ، فالحق الشخصي رابطة بين شخصين أحدهما يسمى الدائن والآخر يسمى المدين ، وبمقتضى تلك الرابطة يستطيع الدائن أن يجبر المدين علي القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شئ محدد ، وهذا هو مضمون التعريف الغالب في الفقه للحق الشخصي ، غير أننا نؤيد الأخذ بتعريف أخر للحق الشخصي مؤداه أن هذا الحق سلطة قانونية تثبت لشخص معين يسمى الدائن في مواجهة شخص أخر

---

(١) د / جميل الشرقاوي : ص ٢٧ .

(٢) من أمثلة ذلك مسئولية عديم التمييز ، وحوالة الحق .

(٣) د، جميل الشرقاوي ص ٢٨ .

يسمى المدين بمقتضاها يستطيع الدائن أن يقتضي من المـــدين أداءاً ذات طبيعة مالية سواء أكان عملاً أو امتناعا عن عمل (١) .

أما الحـــق العينـــــي فهو ســـلطة مباشرة لشخص على شيء مادي تخوله استعماله وأحيانـــاً استغلالـــه ، بل والتصرف فيـــه فـــي بعــض الحالات . (٢)

وموضوع نظرية الالتزام هو الحق الشخصي ، وكلمة الالتـــزام لا تدل إلا علي أحد وجهي حالة قانونية هو وجهها السلبي أي إذا نظر إليها من ناحية المدين ، وقد ينظر إليها من ناحية الدائن فتسمى حقاً ، ولهـــذا يفضل البعض أن تستبدل بعبارة " نظرية الالتزام " عبارة " نظرية الحق "، حيث أن الالتزام ليس إلا مجرد وسيلة تكفل تحقيق الحـــق ، أي حصـــول شخص علي أداء يقوم به شخص أخر ، وبذلك تكـــون عبـــارة " نظريـــة الالتزام " انشغالاً بالوسيلة دون الغاية (٣) .

---

(١) راجع في ذلك تفصيلا مؤلفنا : المدخل لدراســـة العلـــوم القانونيـــة – الكتـــاب الثاني – نظرية الحق – الطبعة الأولي – دار الثقافة العربية – بني سويف – ٢٠٠٢ – ص ١٢٨ .

(٢) ونقصد بذلك حق الملكية الذي يمنح صاحبه سلطة التصرف في الشيء .

(٣) د/ عبد الحي حجازي ص ١٦ .

ورغم ذلك شاع استخدام كلمة " الالتزام " في الفقه القانوني وفي التشريعات منذ زمن بعيد ، بدلا من عبارة " الحق الشخصي " ذلـك لأن الناحية السلبية هي الغالبة فيه والدليل على ذلك إمكـان تصـور وجـود الالتزام دون وجود دائن معين وقت نشـوئه كالوعـد بجـائزة الموجـه للجمهور أو وجود الالتزام مع امتناع المطالبة به كـالالتزام الطبيعـي[١] فالحق الشخصي لا يتم اقتضائه إلا بواسطة الملتزم أي المدين حيث أنـه يقوم بدور جوهري في تحديد القيمة الماليـة للحـق الشخصـي وفـي تحققها[٢].

وعلي الرغم من أن وضع التعاريف وبيان معاني المصـطلحات ، عمل فقهي بطبيعته ، إلا أن التقنين المدني المصري السابق ، قد أطلـق علي الالتزام لفظ " التعهد " وعرفه بأنه " ارتباط قانوني الغرض منه حصول منفعة لشخص بإلزام المتعهـد بعمـل شـيء معـين أو بامتناعه عنه " [٣] .

---

(١) د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ٣ .
(٢) د/ جميل الشرقاوي ص ١٠ .
(٣) المادة ٩٠ / ١٤٤ .

وبالمثل ، فقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الحالي يعرف الالتزام بأنه " : " حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل .

غير أن هذا التعريف قد حذف استنادا إلي حجة مفادها ضرورة تجنب التعريفات فيما لا ضرورة لتعريفه وتحرزاً من تأكيد الطابع المادي للالتزام في نص تشريعي تأكيداً قد يجعله يطغى علي الطابع الشخصي(٢) .

وبالتالي فقد خلا التشريع المدني المصري الحالي من نص يعرف الالتزام ، تاركاً ذلك للفقه القانوني .

---

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية تعليقاً علي هذا التعريف ما يلي : " كان في الوسع تعريف الالتزام بأنه " علاقة قانونية " أو " رابطة من روابط القانون" ولاسيما أن هذا هو التعريف التقليدي ، بيد أنه يخشى من سياق التعريف على هذا الوجه أن يكون في ذلك قطع برأي معين في مسألة حظها من الخلاف في الفقه الحديث غير قليل ، ...... والواقع أن تعريف الالتزام بأنه رابطة قانونية إنما هو اعتناق للمذهب الشخصي ، مع أن الطابع المادي للالتزام أخذ يتزايد نصيبه من البروز في التشريع الحديث ، وقد آثر المشرع أن يعرف الالتزام بأنه " حالة قانونية " تأكيدا لهذه النزعة الحديثة ، وهي بعد نزعة الشريعة الغراء . في تصويرها لفكرة الالتزام " . راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – ج ٢ – ص ٩ (هامش) .

(٢) نفس الإشارة ..

ويذهب الرأي الغالب في الفقه إلى الربط بين تعريف الالتزام إلي المذهب الذي يؤخذ به في شأنه ، حيث أن الالتزام يتنازعه مذهبان : أحدهما شخصي يغلب الناحية الشخصية في الالتزام باعتباره رابطة بين شخصين ، ويستند إلي السلطة التي يخولها الحق لصاحبه ، وهذه السلطة قد ترد علي شيء كما في الحق العيني ، وقد ترد علي شخص كما في الحق الشخصي ، والمذهب الآخر يقال له " المذهب الموضوعي (أو المادي) في الالتزام " ويركز علي الناحية المادية في الالتزام أي علي موضوعه ، باعتباره رابطة بين ذمتين ، أي بوصفه حقاً في ذمة الدائن وديناً في ذمة المدين [1].

ويرتب الفقهاء علي كل مذهب نتائج عمليه هامة [2] ، ويختلف

---

(١) د/ أنور سلطان : المرجع السابق – ص ٥ ، ص ٦ .
– يسود المذهب الشخصي في الشرائع ذات النزعة اللاتينية ، ويعتبر الفقيه Savigny من أشهر القائلين به ، حيث أن الالتزام لديه عبارة عن رابطة قانونية محلها شخص المدين ، وقد كان تعريف الالتزام في التقنين المصري القديم يحمل طابع هذا التصوير ، أما المذهب المادي فقد نشأ عن الفقه الإيطالي ويجرد الالتزام من الرابطة الشخصية ويركز علي محله أو موضوعه فقط ، وساد هذا المذهب في الشرائع الأنجلو أمريكية .

(٢) لما كان المذهب المادي يجرد الالتزام من الرابطة الشخصية ويركز علي موضوع الالتزام بوصفه قيمة مالية تثقل ذمة المدين ، فقد ترتب علي هذا المذهب نتائج عملية أهمها ما يلي : ==

بالتالي تعريف الالتزام بحسب الأخذ بالمذهب الشخصي أو بالمذهب الموضوعي .

فيعرف الالتزام – وفقا للمذهب الشخصي – بأنه رابطة قانونية بين دائن ومدين ، يلتزم المدين بمقتضاها أن يقوم بعمل ، أو أن يمتنع

=====

=== (١) يمكن أن ينتقل الالتزام من دائن إلي دائن أخر بطريق حوالة الحق ، ومن مدين إلي مدين أخر بطريق حوالة الدين .

١- يمكن أن يوجد الالتزام إذا تعين المدين فقط ولو لم يوجد دائن محدد وقت نشوئه علي أن يتعين الدائن أو يوجد فيما بعد ، ومن ثم :

أ- يجوز الالتزام بالإرادة المنفردة في مواجهة دائن غير معروف كما في الوعد بجائزة الموجه للجمهور ، والسند لحامله ب – يجوز الاشتراط لمصلحة شخص غير معين أو غير موجود وقت الاشتراط ، كأن يؤمن شخص علي حياته لمصلحة أولاده الذين سيولدون له مستقبلا .

وهذه النتائج ما كان يمكن الأخذ بها في ظل المذهب الشخصي . وقد أخذ بها القانون المدني المصري الحالي مما يدل علي تأثره بالمذهب المادي والذي هو المذهب السائد في الفقه الإسلامي ، وإن كان المشرع المصري لا يزال يأخذ بالمذهب الشخصي ، راجع حول هذه المسائل تفصيلاً ، وحول تقييم المذهب المادي في الالتزام ، د/ السنهوري : ص ١٣٩ وما بعدها ، أستاذنا الدكتور / نزيه محمد الصادق المهدي : التوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام- دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٥ .

عن عمل لمصلحة الدائن [١] ، ويعرفه البعض الآخر وفقا للمذهب المادي على أنه حالة قانونية المقصود منها قيام شخص أو أشخاص معينين بعمل أو الامتناع عن عمل [٢] . وهناك فريق ثالث في الفقه يعرف الالتزام في ضوء المذهبين الشخصي والموضوعي ، فيعرف بأنه " حالة

---

(١) أنظر فيمن يعرف الالتزام وفقاً للمذهب الشخصي على سبيل المثال : د/ محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق – ص١ حيث يعرف سيادته الالتزام بأنه : " رابطة أو علاقة قانونية بين شخصين أو أكثر ، محلها إعطاء شئ أو عمل أو امتناع عن عمل ، له قيمة مالية ، يقتضيه أحدهما ، ويسمى الدائن ، من الآخر الذي يسمى المدين"، وفي هذا المعنى الزميل الأستاذ الدكتور / محمد حسام محمود لطفي : النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – الطبعة الثانية – القاهرة – ٢٠٠٢ – ص٦ حيث يعرف سيادته الالتزام بأنه : " رابطة قانونية بين دائن ومدين تسمح للأول بأن يقتضي من الثاني أداء أو امتناعاً ويتعرض الثاني لجزاء قانوني من السلطة العامة إذا ما أخل بذلك "، وهو نفس التعريف الذي قال به بعض الفقهاء في فرنسا ، منهم على سبيل المثال :

- Malaurie (ph) et Aynes (L): Droit civil-les obligations-ed.Cujas – Paris : 1994 - No . 1 – P . 11

ومن ذلك أيضا التعريف الذي قال به الأستاذ الدكتور/ عبد الحي حجازي (المرجع السابق – ص ١٢٠) حيث يعرف سيادته الالتزام بأنه : " رابطة قانونية بمقتضاها يلتزم شخص معين أسمه المدين بالقيام بأداء مالي ابتغاء تحقيق مصلحة مالية أو غير مالية لشخص أخر معين أو قابل للتعيين أسمه الدائن يكون له عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه سلطة إجباره علي ذلك التنفيذ " ، وهو تعريف يتسم بالإطالة ، ويعترف الأستاذ الدكتور حجازي بذلك ، إلا أنه يبرر ذلك بضرورة اشتمال التعريف علي العناصر التي يعتقد سيادته أنها تميز الالتزام من سائر الواجبات القانونية التي لا تعتبر من قبيل الالتزامات .

(٢) ذكره أستاذنا الدكتور / جميل الشرقاوي : المرجع السابق – ص ١١ .

قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل " [١] فهذا التعريف الأخير يذكر عنصر المدين تحقيقاً للطابع الشخصي ، ويغفل عنصر الدائن وقت نشوء الالتزام تحقيقاً للطابع المادي [٢] .

إلا أننا نعتقد – مع البعض [٣] – أن تعريف الالتزام يجب أن يكون دالاً علي معناه ومبنياً علي تصوير تركيبه وبنيانه ، بصرف النظر عن أية نظرة إليه وسواء أكانت شخصية أو موضوعية ، أي أن يتضمن تعريف الالتزام تحليلاً دقيقا لمعني الالتزام في ذاته .

وبناءاً عليه ، فإن الالتزام باعتباره الواجب المقابل للحق الشخصي ، يمكن تعريفه بأنه : " واجب قانوني خاص يجعل علي عاتق شخص أن يقوم بأداء (عمل أو امتناع) ذي قيمة مالية لمصلحة شخص أخر [٤] ، فهو إذن "واجب قانوني يقع علي عاتق المدين لمصلحة الدائن"

---

(١)أستاذنا الدكتور السنهوري : المرجع السابق – بند ١٤ – ص ١٤٥ ، وفي هذا المعني أستاذنا الدكتور / أنور سلطان : المرجع سالف الذكر – ص ٧ ، حيث يعرف الالتزام في ضوء مسلك المشرع المصري بأنه : "حالة قانونية بمقتضاها يلتزم شخص معين بالقيام بأداء مالي معين ، قد يكون إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل " .

(٢)د/ أنور سلطان : ص ٧ .

(٣)ذهب إلي ذلك أستاذنا الدكتور / جميل الشرقاوي : المرجع السابق ص ١١.

(٤)د/ جميل الشرقاوي : ص ١٢ ، وقرب من ذلك : د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل : المرجع السابق – ص ١٥ .

وهذا التعريف مقابل لتعريف الحق الشخصي بأنه " قـدرة علـي اقتضاء أداء معين ذي قيمة مالية من شخص معين " ، وهو تعريف يبرز المعني المستقل لكل من الحق الشخصي والالتزام ، واتصالهما الوثيـق في نفس الوقت باعتبارهما وجهين لشيء واحد [١] .

خصائص الالتزام :

في ضوء التعريف الأخير ، يمكـن القـول أن للالتـزام أربعـة خصائص هـي :

(أ) الالتـزام واجب قانونـي :

تتعدد الواجبات التي يتحملها الأشخاص بعضهم تجـاه الـبعض الآخـر ، وتختلف هذه الواجبات من حيث طبيعتها ومصدرها ، فمنها ما هو قانوني أي يفرضه القانون ويحميه ، ومنها ما هو غير قانوني [٢] .

ويقصد بالواجب القانوني ، ذلك الواجب الذي يفرض علي الملتزم في ظل الجزاءات التي يكفل القانون بها احترام المراكز التي تنشأ للأفراد بقواعده ، أي أن هذا الواجب يفرض بالجزاءات القانونية [٣] .

---

(١) د/ جميل الشرقاوي : ص ١٢ .
(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٦ .
(٣) د/ جميل الشرقاوي : ص ١٤ .

ولا تهتم نظرية الالتزام – والقواعد القانونية بصفة عامة – إلا بالواجبات القانونية دون غيرها من الواجبات غير القانونية [١] ، كالواجبات الدينية التي تفرضها القواعد الدينية ، والواجبات الأخلاقية التي تفرضها قواعد الأخلاق السائدة في المجتمع كواجب الأمانة والصدق وإغاثة الملهوف ، ومن قبيل الواجبات غير القانونية أيضا واجبات المجاملة التي تفرضها اعتبارات التضامن بين الأفراد ووجوب مجاملة بعضهم البعض الآخر ، كواجب تقديم العزاء عند الوفاة ، والتهنئة في المناسبات السعيدة[٢] . ويتميز الواجب القانوني عن الواجبات السابقة ، بأن القانون يكفل احترامه ويرتب عليه آثاراً قانونية أيا كان مصدره [٣] ، وبالتالي يخول القانون من تقرر له هذا الواجب – أي الدائن به – وسيلة للحماية القانونية تتمثل في دعوى قضائية يقتضي بواسطتها حقه من

---

(١) ويمكن القول أن فكرة الواجب القانوني أوسع مدى من فكرة الالتزام ، حيث أن كل التزام يعد واجباً قانونياً ، ولكن ليس كل واجب قانوني يعتبر التزاماً ، لذا يجب تمييز الالتزام من سائر الواجبات القانونية ، أنظر في ذلك بالتفصيل لدى د/ عبد الحي حجازي : ص ٤٢ وما بعدها .

(٢) للمزيد من التفصيل حول هذه الواجبات والتفرقة بينها وبين قواعد القانون راجع مؤلفنا : الوجيز في مقدمة الدراسات القانونية – النظرية العامة للقانون – دار النهضة العربية – بني سويف – ١٩٩٣ .

(٣) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٦ .

المدين جبراً عند الاقتضاء [١] .

ويلاحظ أنه إذا كان مصدر الواجب إرادة الأفراد ، فإن هذه الإرادة هي التي تحدد طبيعة الواجب ، وهل يعد ملزماً للأفراد أو لا يعد كذلك[٢].

تحليل الالتزام إلي مديونية ومسئولية [٣] :

يجري الفقه الحديث علي تحليل الالتزام بوصفه واجباً قانونياً ملزماً إلـــي عنصرين هما : عنصر المديونية ، وعنصر المســئولية ، ويعبــر عــن الواجب القانوني بعنصر المديونية ، أما عنصر المسئولية فيســتمد مــن الصفة الملزمة للواجب .

---

(١) نفس الإشارة . يذكر أن الحماية القانونية وإن كانت لازمة للحق ، إلا أنها ليست عنصراً فيه ويجب ألا يشملها تعريفه ، إذ هي نتيجة من نتائج وجود الحق . فـالحق موجود قبلها ، ولا تظهر أهميتها إلا عند الاعتداء عليه أو إنكاره ، وهذا ما ذهبنا إليه عند وضع تعريف للحق ، أنظر مؤلفنا : المدخل لدراسة العلوم القانونيــة – نظريــة الحق – دار الثقافة العربية – بني سويف – ٢٠٠٣ ص ٥٣ ، ٥٤ .

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٦ .

(٣) أنظر حول هذا التحليل تفصيلا : د/ عبد الحي حجازي : المرجع السابق ذكره ص ٩٣ : ص ١٢٠ ، والمراجع المشار إليها بهامش ٥ – ص ٩٣ ، حيث يذكر ســيادته أن أول من قال بهذا التحليل هو الفقيه الألماني Brinz عام ١٨٧٤ ، ثم تولاه من بعده الفقيه الألماني Amira عام ١٨٨٢ ، وساد في الفقــه الألمــاني بعــد ذلــك ، وتحمس له بعض الفقهاء في إيطاليا ونادي به الفقيه Popa في فرنســا ، ثــم ردده الفقهاء المصريون عدا الأستاذ الدكتور / عبد المنعم البدراوي في رسالته أثر مضــي المدة في الالتزام – ص ٢٢٦ وما بعدها. كما يذكر الدكتور حجازي أن الفقه الإسلامي قد عرف هذا التحليل، ويشير إلي بعض المراجع الشرعية والقانونية التي تؤكد ذلك (انظر هامش ٥ ص ٩٥ ، ص ٩٦) .

وعنصر المديونية شخصي يتمثل في الواجب القانوني الذي يثقل كاهل المدين ويقتضي منه عملاً أو امتناعاً عن عمل [١] ، وعنصر المسئولية يعني السلطة التي يمنحها القانون للدائن لإجبار مدينه – أو الملتزم بصفة عامة – علي تنفيذ الالتزام ، وهو عنصر عيني . [٢]

ولكي يكون الالتزام كاملاً ، لابد من اجتماع العنصرين معاً ، أي عنصر المسئولية مع عنصر المديونية ، ويوصف الالتزام بأنه مدني في هذه الحالة "Obligation Civile" .

أما إذا تخلف أحد العنصرين المذكورين ، فإن الالتزام يكون ناقصاً – حيث أن أحدهما يمكن أن ينفصل عن الآخر – فيمكن أن يتحقق عنصر

---

(١) د / إبراهيم أبو الليل : ص ٢٢ .

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٣ . وقد ذهب بعض فقهاء القانون الإجرائي إلي أن عنصر المديونية هو وحده الذي يدخل في تكوين الالتزام ، أما عنصر المسئولية فيعني خضوع المدين لا إلي سلطة الإجبار التي للدائن بل لسلطة التنفيذ التي تكون للدولة ، فهي علاقة من علاقات القانون العام ، غير أن شراح القانون المدني لم يوافقوا علي هذا الرأي لأن حق الدائن يتضمن بالضرورة سلطة إجبار المدين علي التنفيذ ، وبالتالي تعتبر جزءا من العلاقة الملزمة ، أما طريقة استعمال هذه السلطة فهي وحدها التي تحددها قواعد الإجراءات وبالتالي تدخل في قانون الإجراءات ، راجع: د/ عبد الحي حجازي ص ١٠١ وما بعدها .

المديونية دون تحقق عنصر المسئولية (١) ، وهذا ما نجده في الالتزام الطبيعي " Obligation Naturelle " حيث يوجد عنصر المديونية فقط ، وبالتالي لا يمكن إجبار المدين علي الوفاء بهذا الالتزام لانتفاء عنصر المسئولية ، ويكون هذا الالتزام ناقصاً (٢).

---

(١) د/ عبد الحي حجازي : ص ٩٤ ، د/ إبراهيم أبو الليل / ص ٢٣ ، حيث يقران إمكانية انفصال أحد العنصرين عن الآخر ، فيمكن أن يتوافر عنصر المديونية في شخص فيكون مدينا ، بينما يتوافر عنصر المسئولية في شخص أخر فيكون مسئولا ، فكون الشخص مدينا لا يقتضي حتما أن يكون مسئولا ، وكون الشخص مسئولا لا يقتضي حتما أن يكون مدينا .

- وثمة ملاحظة هامة هي أنه لا يتصور قيام الالتزام استنادا إلي عنصر المسئولية فقط أي دون وجود لعنصر المديونية ، ذلك لأن المسئولية ما وجدت إلا لضمان تنفيذ المديونية . فضلا عن أن المديونية هي العنصر الجوهري في الالتزام ، فلا بد من وجودها لقيام الالتزام ، أنظر: د/ إبراهيم أبو الليل هامش ٣ – ص ٢٣

وإن كنا نشك أيضا في إمكانية إضفاء وصف الالتزام بالمعني الدقيق استنادا لوجود عنصر المديونية فقط وهو ما يسميه الفقه الالتزام الطبيعي ، وسنبين ذلك في هامش الصفحة التالية.

(٢) نصت المادة / ٩٩ من التقنين المدني المصري علي الالتزام الطبيعي ، حيث قالت " ١- ينفذ الالتزام جبرا عن المدين . ٢- ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر في تنفيذه ".

وتركت المادة / ٢٠٠ للقاضي مسألة تقدير وجود أو عدم وجود التزام طبيعي عند عدم النص، كما اشترطت ألا يقوم التزام طبيعي مخالف للنظام العام.

ويضرب الفقه أمثلة أخرى للالتزام الناقص منها : ١- حالة الإبراء أي نزول الدائن عن حقه، إذ توجد المديونية دون المسئولية ، ويحق للمدين أن يوفي بالدين للدائن رغم الإبراء ، ويكون هذا الوفاء صحيحا ، وهو ليس وفاءا بغير المستحق .

٢- حالة رهن الدين المستقبل أو كفالته .

٣- حالة الكفالة العينية . ٤- حالة حائز العقار المرهون . راجع د / إبراهيم أبو الليل: ص ٢٤ ، أنظر أمثلة أخرى لدى د/ عبد الحي حجازي : ص ١٠٥ وما بعدها .

ومن أمثلة ما يسمي بالالتزام الطبيعي ، التزام المدين الذي سقط حق الدائن في مطالبته بالوفاء لمضي المدة (بالتقادم) ، حيث لا يستطيع الدائن أن يستوفي حقه جبراً من المدين بعد مضي المدة [١].

ويجمع الفقه علي أن المدين بالتزام طبيعي ، وإن كان لا يمكن إجباره علي الوفاء به قضاءاً ، إلا أنه إذا أوفي به مختاراً كان وفاؤه صحيحاً لا يستطيع أن يرجع فيه ، لأنه ليس متبرعاً ، وإنما يفي بالتزام قائم يشغل ذمته المالية ، كما أن تعهد المدين بالوفاء بالالتزام الطبيعي ، يعد تعهداً صحيحاً يحيل الالتزام الطبيعي إلي التزام مدني [٢] ، وهذا ما نص عليه المشرع المصري صراحة [٣] .

---

(1) Michel Le Galcher – Baron : les obligations – 4 e ed – par partrice level – Francais lefebvre – paris – 1982 – No 13 – P .7
وقد نصت المادة / ٣٦٨ من القانون المدني المصري علي أن " يترتب علي التقادم انقضاء الالتزام ، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي " .

(٢) أنظر علي سبيل المثال : أستاذنا الدكتور / محمد لبيب شنب : دروس في نظرية الالتزام (الإثبات – أحكام الالتزام) – ص ١٨٨ : ص ١٩١ ، أستاذنا الدكتور / سمير كامل : الأحكام العامة للالتزام . وقواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية – ١٩٩٩ – ص ١١ ، ص ١٢ – ويشترط لصحة الوفاء الاختياري بالالتزام الطبيعي ثلاثة شروط هي : ١- أن يكون لدى المدين نية الوفاء بالالتزام الطبيعي ٢- أن تكون إرادة المدين خالية من العيوب . ٣- أن يكون المدين كامل الأهلية .

(٣) حيث نصت المادة / ٢٠١ من القانون المدني علي أن : " لا يسترد المدين ما أداة باختياره .قاصداً أن يوفي بالتزام طبيعي ،" كما نصت المادة / ٢٠٢ علي أن : " الالتزام الطبيعي يصلح سببا لالتزام مدني " .

ويعترض أستاذنا الدكتور/ جميل الشـرقاوي – وبحـق – علـي إطلاق كلمة " الالتزام " علي ما يسمي بالالتزام الطبيعـي ، حيـث يـري سيادته وجوب قصر استُخدام مصطلح " الالتزام " علي الواجب القـانوني الذي يجبر القانون المدين علي الوفاء به ، دون غيـره مـن الواجبـات الأخرى ، وذلك حتى لا يفهم من تسمية الالتزام الطبيعي ، أن الالتزام قـد لا يكون واجباً قانونياً يمكن الإجبار علي وفائه ، ولا يقدح في ذلك وصف هذا الالتزام بأنه " طبيعي " تمييزا له عن الالتزام المدني [١] .

ويضيف سيادته – رداً علي قول الفقه بأن الالتزام الطبيعي له أثر قانوني ناقص يرفعه عن مرتبة الواجب الخلقي وإن كان لا يرقي به إلـي مرتبه الالتزام المدني – أن تفسير صحة الوفاء في أحوال الالتزام الطبيعي لا يحتاج بالضرورة إلي وصف واجب الموفي بأنه التـزام ولـو سـمي طبيعياً، بل يمكن تبرير تصحيح الوفاء علي أساس أنه واجب خلقي يرتب القانون علي الوفاء به اختياراً ، أو التعهد به ، تصحيح هذا الوفـاء أو التعهد ، ولا يعني ذلك تطبيق هذا الحكم علي الوفاء بكل واجـب خلقـي، وإنما يجب أن يقتصر تطبيقه علي واجبات خاصة تبـدو فائـدة تقريـره بالنسبة لها ، وهي واجبات يعينها القانون ، وقد يترك تعيين بعضها إلـي القضاء [٢] .

---

(١) المرجع السابق : ص ١٥ .

(٢) نفس المرجع : ص ١٦ .

وأخيراً ، يري أستاذنا الدكتور/ جميل الشرقاوي ، ان استخدام المشرع المصري لتسمية الالتزام الطبيعي ليست حجة حاسمة في تقرير الأخذ به ، حيث أن هذا الاستخدام لا يمنح المصطلح قوة تجنبه النقد . ولذا فمن الأوفق أن يعدل المشرع عن استخدامه (١) .

ونحن نؤيد ما ذهب إليه الرأي المذكور ، وذلك حتى نحفظ لكلمة " الالتزام " ذاتيتها ، ونحقق معناها في ذات الوقت ، فلا تطلق إلا علي الواجب القانوني الملزم ، أي الذي يمكن جبر المدين علي الوفاء به عن طريق القضاء في حالة عدم الوفاء به اختياراً ، دون الواجبات الأخرى ٠

ويمكن إطلاق أي وصف آخر علي ما يسمي بالالتزام الطبيعي ، كأن نقول : " الواجب الطبيعي " أو الواجب الخلقي "٠

ب- الالتزام واجب قانوني خاص

تنقسم الواجبات القانونية إلي نوعين : واجبات قانونية عامة ، وواجبات قانونية خاصة ٠

---

(١) نفس الإشارة .

والواجب القانوني العام هو ذلك الواجب الذي ينشأ على عاتق كل شخص في جماعة يحكمها القانون ، بأن يحترم حقوق الغير سواء أكانت حقوقاً مالية أو غير مالية ، فهو واجب الامتناع عن الاعتداء على حق الغير ، ومضمونه ثابت لا يتغير ، ولا يعني سوى الخضوع للنظام الذي يفرضه القانون (١) .

أما الواجب القانوني الخاص ، فهو واجب مضمونه – في الغالب – القيام بعمل لمصلحة شخص آخر ، لسبب معين ، أي أنه عبء خاص على عاتق الملتزم ، ولهذا لا ينشأ إلا بتوافر سبب خاص ، كعقد ، أو فعل ضار يترتب عليه الالتزام بتعويض الغير المضرور أو غير ذلك من الأسباب القانونية (٢) .

والالتزام كما عرفناه ، ليس إلا واجباً قانونياً خاصاً ، حيث أنه يثقل كاهل الملتزم ويشكل عبئاً خاصاً عليه ، لتوافر سبب معين أدى إلى نشوئه أو لتوافر مصدر من مصادر الالتزام التي سنتناولها في هذا المؤلف .

---

(١) د / جميل الشرقاوي : ص ١١ .

(٢) د/ جميل الشرقاوي : ص ١١ : ص ١٨ .

ج- الالتزام واجب ذو قيمة مالية (١) :

يقتصر الالتزام على الواجبات القانونية ذات الطبيعة المالية . أي التي تقدم للدائن بها أداءاً يمكن تقويمه بالنقود ، وذلك أمر طبيعي لأن الالتزام هو الواجب المقابل للحق الشخصي ، وهذا الأخير من الحقوق المتعلقة بالمعاملات المالية (٢) .

أما الواجبات غير المالية فلا تعد التزاماً بالمعنى الدقيق ، كواجبات الأسرة ، مثل واجب الأبناء في احترام آبائهم ، وواجب الزوجة في إطاعة زوجها . وواجب الموظف في أداء عمله بأمانة . مثل هذه الواجبات وغيرها لا تعدُ التزامات بالمعنى الفني ، ولا تخضع بالتالي للنظرية العامة للالتزامات ، وإنما لقواعد أخرى قانونية كقواعد الأحوال الشخصية ، أو قواعد القانون الإداري أو غير ذلك من القواعد

---

(١) ويستخدم أستاذنا الدكتور / محمود جمال الدين زكي عبارة : الالتزام عبء مالي، على أساس أنه يشكل عنصرا سلبيا في ذمة المدين المالية .

(٢) د / جميل الشرقاوي : ص ١٧ .

- هناك تقسيمات كثيرة للحقوق غير أننا أخذنا بتقسيم الحقوق إلى حقوق غير متعلقة بالمعاملات المالية وتشمل الحقوق السياسية ، والحقوق العامة (حقوق الإنسان) ، وحقوق الأسرة ، وحقوق متعلقة بالمعاملات المالية وتشمل الحقوق الشخصية والحقوق العينية والحقوق ذات الطبيعة المختلطة كحق المؤلف . أنظر مؤلفنا : المدخل لدراسة العلوم القانونية – نظرية الحق – سالف الذكر – ص ٥٥ وما بعدها .

القانونية[١].

والعبرة في مالية الأداء ليست بطبيعة المصلحة التي يقدمها للدائن، وإنما بطبيعة الأداء ذاته ، فقد تكون هذه المصلحة أدبية ولكنها تقبل التقويم بالنقود ، فيكون الأداء مالياً [٢].

د- الالتزام رابطة شخصية :

يفترض الالتزام – فضلا عما تقدم – دائناً ومديناً ، فإذا كان الالتزام رابطة قانونية ، فلا يتصور قيامه إلا بين شخصين أو عدة أشخاص ، ويتصف بأنه رابطة شخصية [٣] .

ذلك لأن الالتزام هو الوجه الآخر للحق الشخصي منظوراً إليه من ناحية المدين ، والحق الشخصي عبارة عن سلطة قانونية تثبت لشخص في مواجهة شخص آخر ، بمقتضاها يستطيع الأول أن يقتضي من الثاني

---

(١) د / إبراهيم أبو الليل : المرجع السابق ص ١١.

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : نفس الصفحة ، د/ محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق – ص ٧ . حيث يذكر سيادته أن القانون الروماني كان يشترط أن يكون للدائن مصلحة مالية في الالتزام . أما جمهور الفقه الحديث فإنه يكتفي بقابلية تقدير الالتزام بالنقود . ولو لم يكن للدائن فيه سوى مصلحة معنوية أو أدبية .

(٣) د/ محمود جمال الدين زكي : ص ٣ ، د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٧ .

أداءاً ذا قيمة مالية ، سواء أكان ذلك عملاً أو امتناعـا عـن عمـل [١] . ويختلف الحق الشخصي في ذلك عن الحق العيني والـذي هـو سلطة مباشرة لشخص على شئ مادي .

ولكي يمكن لصاحب الحق الشخصي أن يقتضي حقه ، لابد من أن يتم ذلك بتدخل شخص آخر يسمى المدين أو الملتزم . في حين أن صاحب الحق العيني لا يحتاج إلى تدخل شخص آخر لمباشرة حقه على الشيء ، فالمالك مثلاً يستطيع أن ينتفع مباشرة بما يملكه بكافـة وجـوه الانتفـاع دون وساطة شخص آخر يرتبط معه بعلاقة قانونية [٢] .

ولما كان المذهب الشخصي في تحديد طبيعة الالتـزام ، يركـز علـى الرابطة الشخصية بين الدائن والمدين طرفي الالتزام ويجعل من هـذه الرابطـة جوهر الالتزام ومعيار وجوده ، فإن الالتزام ، – فـي رأي هـذا المـذهب – لا يوجد إلا إذا تعين طرفاه وهما الدائن والمدين [٣] .

ومن ثم ، فإن الواجب القانوني العام الذي يفرض على كـل أشـخاص المجتمع ، ويلزمهم بعدم الإضرار بالغير ، لا يعد التزاماً قانونياً بالمعنى الـدقيق لأن هـذا الواجب لا يتحدد فيـه مدين معيـن بالذات ، والالتزام يفترض تعيين

---

(١) درج غالبية الفقهاء على تعريف الحق الشخصي بأنه رابطـة بـين شخصـين .... الخ غير أننا نفضل التعريف الوارد بالمثال ، لأنه يعبر عن جـوهر الحـق الشخصي .

(٢) د/ محمود جمال الدين زكي : ص ٣

(٣) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٨ .

المدين [١] .

وعلى العكس فإن المذهب المادي (الموضوعي) في تحديد طبيعة الالتزام ، يركز على القيمة المالية محل الالتزام ، ويرى فيها عنصره الجوهري، وبالتالي يجرد الالتزام من أشخاصه (الدائن والمدين) ، ومن ثم يمكن أن ينشأ الالتزام دون وجود الدائن استناداً إلى وجود المدين وحده ، كما في حالة الوعد بجائزة الموجه للجمهور ، والاشتراط[٢] لمصلحة شخص غير موجود وقت الاشتراط لمصلحة شخص غير موجود وقت الاشتراط [٢] .

وتأثراً بالمذهب المادي في الالتزام أقرت التشريعات الحديثة إمكانية نشوء الالتزام دون تعيين الدائن وقت نشأة الالتزام ، وهذا ما فعله التشريع المدني المصري بالنسبة لحالات معينة [٣] .

وهناك من الفقهاء من يضيف خصائص أخرى للالتزام ، ومن ذلك كون الالتزام يمثل حقاً مؤقتاً ، إضافة إلى أن الالتزام يمثل حقاً قابلاً

(١(د/ عبد الحي حجازي : ص ٦١ ، ص ٦٢ .

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٩، (وقد سبق أن أشرنا إلي النتائج العملية للمذهب المادي في الالتزام) .

(٣) كما في حالة الوعد بجائزة الموجه للجمهور (مادة / ١٦٢ مدني) ، وكما في الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو جهة مستقبلة ، أو شخص غير معين أو جهة لم يتم تعيينها وقت العقد . متى كان من المستطاع تعيينه (أو تعيينها) وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشارطة (مادة / ١٥٦ مدني) .

للانتقال من شخص إلى آخر [١] ، غير أننا نكتفي بما سبق شــرحه مــن خصائص للإلتزام .

ثالثاً : أنواع الالتزامات (تقسيماتها) :

تتنوع الالتزامات – بوصفها أداءات ترد علــى العمــل الإنســاني – ويصعب حصرها ، ولهذا يكتفي الفقه بتصنيفها إلى عدة طوائف تتسم كل منها ببعض الخصائص والصفات المميزة لها ، مما يقتضــي خضــوعها لأحكام خاصة بها تميزها عن غيرها وتلائم طبيعتها .

هناك إذن تقسيمات للالتزامات ، حيث يقسمها الفقه بحسب المجل الذي ترد عليه ، وبحسب مدى أو نطاق الأداء ، وبحسب لزومها ومــدى الإجبار على تنفيذها ، وبحسب مصادرها .

فمن حيث لزومها تنقسم إلي التزامات مدنية ، وأخرى طبيعيــة ، وقد سبق لنا ذكر هذا الأمر عند دراسة تحليــل الالتــزام إلــي مديونيــة ومسئولية ولم نستحسن تسمية الالتزام الطبيعي . أما من حيث مصدرها ، فإننا نؤجل بحث هذا التقسيم ليتم عند دراسة ترتيب مصادر الالتزام .

---

(١) راجع في ذلك :

- Michel le Galcher – Baron : op . cit – PP 6 et s .

ومن ثم يتبقى لنا في هذا الصدد تقسيمان ، الأول : تقسيم الالتزامات من حيث المحل ، والثاني ، تقسيم الالتزامات بحسب مدى أو نطاق الأداء ، وهو ما نوضحه فيما يلي :

(أ) – تقسيم الالتزامات من حيث المحل :

تنقسم الالتزامات من حيث محلها إلي تقسيمين فرعيين : الأول : تقسيم الالتزامات بحسب نوع الأداء ، والثاني : تقسيم الالتزامات بحسب طبيعة الأداء ، وذلك كالتالي :

١. تقسيم الالتزامات بحسب نوع الأداء (الالتزام بعمـل والالتـزام بالامتناع عن عمل) :

يجري الفقه في غالبيته علي تقسيم الالتزامات من حيـث نـوع الأداء الذي يجب علي المدين القيام به ، إلي ثلاثة أنواع وهي : الالتزام بأداء عمل، والالتزام بالامتناع عن عمل ، والالتزام بإعطاء أو بنقل حـق عيني.

غير أننا نؤيد الأخذ بتقسيم ثنائي في هـذا الصـدد ، حيـث أن الالتزام يمكن أن يكون بأداء عمل أو بالامتناع عن عمل فقط ، أما ما يقال عنـه التزام بإعطاء فهو في حقيقته ليس إلا التزاما بأداء عمل ولو ترتب

عليه نقل حق عيني . لأن هذا أثر من آثار الالتزام بأداء عمل [(١)] .

ونعطي فكرة سريعة عن الالتزام بأداء عمل ، والالتزام بالامتناع عن عمل وأهمية التفرقة بينهما ، كما يلي :

أ – الالتزام بأداء عمل :

ويعني ذلك التزام المدين بالقيام بعمل إيجابي لصالح الدائن وسواء أكان عملا ماديا أو قانونيا [(٢)] ، ومن أمثلة ذلك التزام العامل بأداء العمل المتفق عليه لصالح رب العمل ، والتزام المقاول ببناء منزل معين لصالح شخص محدد ، والتزام البائع بتسليم المبيع للمشتري ، والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من العين المؤجرة . ومثل هذه الالتزامات تنشأ من عقد أو اتفاق بين الدائن والمدين . ويمكن أن يكون الالتزام بعمل مستمرا إذا كان العمل يجب أن يؤدى بصفة مستمرة وبدون انقطاع كما

(١) راجع : مؤلفنا سالف الذكر – ص ١٣٣ . ومن هذا الرأي أستاذنا الدكتور / عبد المنعم البدراوي : النظرية العامة للالتزامات – الجزء الأول مصادر الالتزام – القاهرة – ١٩٧١ – بند ١٢ ، د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٧ إذ يضيف أن الأثر العيني للالتزام بإعطاء لا يرتبه المدين وإنما القانون ، وهذا لا يغير من طبيعة الالتزام وكونه التزاما بعمل ، كما لا يغير من طبيعته أيضا تميزه ببعض الأحكام الخاصة ، وفي هذا المعني د/ محمد حسام لطفي : ص ٧

- عكس ذلك أنظر : د/ عبد الحي حجازي : ص ١٣٨ وما بعدها ، حيث يميز سيادته بين الالتزام بإعطاء والالتزام بعمل .

(٢) د/ عبد الحي حجازي : ص ١٣٧ .

في حالة الالتزام الناشئ من الوديعة والإيجار والالتزام الناشئ من عقد توريد المياه والكهرباء ، كما قد يكون العمل دوريا ومثاله الالتزام الناشئ من عقد العمل ويمكن كذلك أن يكون فوريا إذا كان يؤدي بعمل تنفيذي واحد لا يقاس بالزمن [١] . ولا يعتبر المدين قد نفذ التزامه إلا إذا قام بالعمل المطلوب منه كما يجب .

وقد يشترط قيام المدين شخصياً بتنفيذ الالتزام بعمل ، إذا كان للدائن مصلحة في ذلك ، فإذا قام بالتنفيذ شخص أخر غير المدين كان للدائن أن يرفض قبول الوفاء ، ويشترط أن يكون هناك اتفاق علي ذلك ، أو أن تستوجب طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه [٢] . مع ملاحظة أن الالتزام بعمل لا يقبل التنفيذ العيني جبراً عن المدين لأنه لا يمكن إجبار الشخص علي القيام بعمل شيء لا يريد أن يقوم به احتراماً لحريته الشخصية ، وبالتالي لا يكون في وسع الدائن إلا أن يطالب المدين بتعويض الضرر الذي أصابه بسبب عدم التنفيذ [٣] . ويجوز للدائن أن يحصل علي ترخيص من القضاء بتنفيذ الالتزام علي نفقة المدين إذا كان

---

(١) وقد نصت المادة / ٢٠٨ مدني مصري علي ذلك قائلة : " في الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين "

(٢) أنظر المادة / ٢١٥ مدني مصري .

(٣) مادة ٢٠٩ / ١ مدني مصري ، بل ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام علي نفقة المدين ، دون ترخيص من القضاء وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة / ٢٠٩ .

هذا التنفيذ ممكناً [١] .

ب- الالتزام بالامتناع عن عمل :

لا يطلب من المدين في هذا الالتزام القيام بعمل إيجابي لصالح الدائن كما في الالتزام بعمل ، وإنما عليه فقط أن يمتنع عن القيام بعمل معين ، أن يتخذ موقفا سلبيا .

ومن أمثلة ذلك ، التزام التاجر بالامتناع عن أعمال المنافسة غير المشروعة ، والتزام المستأجر بالامتناع عن التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار ، والتزام الطبيب (والمهني عامة) بعدم إفشاء أسرار مريضه .

وإذا أخل المدين بهذا الالتزام وقام بالعمل المنهي عنه ، وكان من الممكن إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام ، جاز للدائن أن يطلب تلك الإزالة ، وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين [٢] . أما إذا كان العمل الذي تم خلافا للمنع لا يمكن إزالته ، فلا

---

(١) مادة / ٢١٢ مدني مصري .
- ويلاحظ أن ما ورد النص عليه بهذه المادة يعد من قبيل التعويض العيني ، كما يلاحظ أن الدائن لا يستطيع القيام بالإزالة علي نفقة المدين إلا إذا حصل علي ترخيص بذلك من القضاء حتى لو تعلق الأمر بحالة استعجال ، أنظر : أستاذنا الدكتور / سمير كامل : الأحكام العامة للالتزام وقواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية – ٢٠٠٢ – ص ٣٠ .

(٢) د. سمير كامل : ص ٣٠ .

يكون أمام الدائن سوى المطالبة بالتعويض النقدي [١].

وتظهر أهمية التفرقة بين الالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل ، بصفة خاصة فيما يتعلق بضرورة الأعذار لاعتبار المدين بالالتزام بعمل متأخراً في التنفيذ ، وبالتالي ترتيبُ كافة الآثار المتعلقة بهذا التأخير ، في حين لا يشترط الأعذار بالنسبة للالتزام بالامتناع عن عمل ، لأن كل عمل يقع خلافاً للمنع يعني في حد ذاته عدم تنفيذ .

٢ – تقسيم الالتزامات بحسب طبيعة الأداء (الالتزام النقدي والالتزام العيني) :

ينقسم الالتزام من حيث طبيعة الأداء الذي يجب على المدين القيام به إلي التزام نقدي والتزام عيني .

ويقصد بالالتزام النقدي ، التزام المدين بدفع مبلغ من النقود للدائن ، ولما كان هذا الالتزام عرضة للتقلبات النقدية والاقتصادية وما يستتبعها من تغير في القوة الشرائية للنقود ، وهو ما يضر بالدائن ، فإن المشرع المصري قد نص في المادة/٢٢٦ من القانون المدني علي أنه :

---

(١) د/ عبد الحي حجازي ;ص ١٥٤ ، ويذكر سيادته بهامش ٩ ص ١٥٤ أن المادة / ١٢٢٢ من القانون الإيطالي تأخذ بهذا الحل ، وهي محل نقد من جانب بعض الفقهاء في إيطاليا – وممن يؤيد الحكم الوارد بالمثال ، أنظر أيضا : د / إبراهيم أبو الليل – المرجع السابق – ص ٢٨ .

" إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقـدار وقـت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزماً بأن يدفع للدائن علي سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجاريـة ، وتسـرى هـذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون علـي غيره "

والواقع أن هذا النص يحتاج إلي تعديل يتمشى مع كون الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع وفقا للدستور المصري الحالي ، حيث أن مسألة الفوائد مختلف حولها وهناك اتجاه في الفقه الإسلامي يعتبرهـا من قبيل ربا النسيئة المنهي عنه شرعاً [(١)] ، ولهـذا يجب علي المشرع

---

(١) اتبع القرآن الكريم سياسة التدرج في تحريم الربا ، فشبه آكل الربا بالـذي يتخبطه الشيطان من المس ، ثم تمت مقارنة البيع بالربا " أحل الله البيع وحرما الربا " ثم أنزل الله تعالي الآية الصريحة القاطعة في تحريم الربا حيث قال تعالي : " يا أيها الذين أمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين ، فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمـون ولا تظلمون " صدق الله العظيم (سورة البقرة – الآيتـان : ٢٧٨ ، ٢٧٩) . والربا نوعان : ربا الفضل وهو مبادلة سلعة رديئة بسلعة جيدة ، وكان منتشـرا في الجاهلية وفي صدر الإسلام ، وربا النسيئة وهو زيادة في اصل الدين مقابـل الأجل ، وقد حرمه الإسلام ، ونهي عنه رسول الله صلي الله عليه وسلم حيـث قال : " كل قرض جر نفعاً فهو ربا " .

ونهي عنه رسول الله صلي الله عليه وسلم حيث قال : " كل قرض جر نفعاً فهو ربا " .

المصري أن ينأي بنفسه عن الوقوع في المحظور شرعاً أو علي الأقل به شبهة الحرام (١) ، وأن يعدل نص المادة / ٢٢٦ بحيث يلغى النص علـــي الفائدة وسعرها ، وهناك بدائل أخرى لمواجهة ظاهرة انخفـــاض القـــوة الشرائية للنقود علي إثر التقلبات الاقتصادية ، كأن يترك للقاضي تقـــدير التعويض المستحق للدائن عن تأخر المدين في الوفاء بالتزامه ، لاســـيما وأن الفوائد التأخيرية الواردة بالنص المذكور تعد من قبيـــل التعـــويض . حقا إن المشرع لم يعلق استحقاق الفوائد المذكورة علي إثبات ضرر لحق الدائن من تأخير المدين في الوفاء ، إلا أنه مما لا شك فيه أن انخفـــاض القوة الشرائية للنقود يلحق ضرراً مؤكدا بالدائن ، وهو ضرر تسبب فيـــه المدين ، مما يجب معه تعويض الدائن في كل الأحوال التي يتأخر فيهـــا المدين عن الوفاء بما في ذمته من مبالغ نقدية للدائن . كما يمكن للدائن بالتزام نقدي أن يحتاط للتقلبات الاقتصادية ومـــا يترتـــب عليهـــا مـــن انخفاض القوة الشرائية للنقود ، وذلك بأن يشترط علي المـــدين إعـــادة النظر مستقبلا في قيمة الالتزام عند تغير الظروف الاقتصادية فتزداد قيمة الالتزام (أي مبلغه) بقدر انخفاض القيمة الشرائية للنقود ، ويعرف هذا الشرط في العمل بشرط الالتزام المتغير غير الثابت (٢) .

---

(١) قال صلي الله عليه وسلم : " ادرؤا الحدود بالشبهات " كما قال أيضا : " الحـــلال بـــين والحرام بين وبينهما أمور متشابهات ، . . . . الخ " .

(٢) أنظر حول هذا الشرط بالتفصيل : د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل : التقدير القضائي للتعويض – مجلة المحامي – الكويت – عدد يونيو ١٩٨٥ – ص ٦٧ .

كما أن الالتزام النقدي قد أتخذ في العصر الحالي صورة حديثة تحت تسمية " Dette de valleur " أي الالتزام بقيمة معينة وليس بمبلغ محدد ، إذ انه يعد صورة من صور الالتزام النقدي ، إلا أنه يتميز عنه بأن مبلغ الدين لا يتم تحديده ، وقت الالتزام بمبلغ محدد ، وإنما يتحدد بقيمة عينية تقدر عند الاستحقاق ، فالالتزام بالنفقة مثلاً إذا ما اتخذ صورة هذا الالتزام القيمي ، لا يلتزم معه المدين بسداد مبلغ محدد ، وإنما يلتزم بسد حاجات الدائن من مؤن ونفقات يحددها مضمون الالتزام بالنفقة (١) . وبذلك فإن هذه الصورة المستحدثة تؤدي إلي حماية الدائن في مواجهة التقلبات الاقتصادية (٢) .

أما الالتزام العيني فقد يقصد به أحد معنيين : الأول : عبارة عن التزام المدين بأداء عين ما التزم به (٣) والثاني : عبارة عن أداء يجب

---

(١) ظهر هذا الالتزام في ألمانيا ، ثم انتقل إلي الفقه الفرنسي ، وتبناه المشرع الفرنسي بموجب المادة ٧١/٥٢٣ من قانون ٣ يوليو ١٩٧١ . ويري بعض الفقهاء أن هذا الالتزام يحتل مركزا وسطا بين الالتزام النقدي والالتزام العيني ، حيث أن له صفات الالتزام النقدي من الناحية القانونية ، وله خصائص الالتزام العيني من الناحية الاقتصادية ، راجع حول هذا الالتزام : د/ إبراهيم أبو الليل : المصادر الإرادية للالتزام – المرجع السابق – هامش ٢ – ص ٢٦ ، وللمزيد من التفصيل أنظر :

- Durand : la dette de valeur en droit francais – Th – Paris – 1972 .

(٢) انظر : أستاذنا الدكتور / حسام الدين كامل الأهواني : مصادر الالتزام – المصادر الإرادية – ١٩٩١ / ١٩٩٢ – ص ١١ .

(٣) د / محمد حسام لطفي : المرجع السابق – ص ٧ .

شيء [١] ، ومثال ذلك التزام حائز العقار المرهون رهنا رسـميا بسـداد الدين المضمون بالرهن ، والفقه مختلف حول طبيعة الالتزام العيني وفقا للمعني الثاني ، فيرى فيه البعض مرحلة وسطى بين الحق العيني والحق الشخصي ، ويراه البعض الآخر التزما من نوع خـاص [٢] ، وهـو مـا نرجحه .

والالتزام العيني أيا كان معناه – علي عكس الالتزام النقـدي – لا يتأثر بالتقلبات الاقتصادية كما أنه بالمعني الأول يتحول إلي مبلـغ مـن النقود عند عدم تنفيذ المدين لعين ما التزم به [٣] .

---

(١) د/ عبد الحي حجازي : المرجع السابق – ص ١٥٦ ، د / إبراهيم أبو الليـل : ص ٢١ .

(٢) راجع حول هذه الآراء تفصيلا : د / عبد الحي حجازي : ص ١٥٦ وما بعدها ، والالتزام العيني يرتبط بعين معينة ، ولهذا فهو يدور وجودا وعدما مع هذه العين ، فينتقل إلي كل من تنتقل إليه ملكية العين ، كما يمكن للمدين به التخلص منه بالتخلي عن العين التي يثقلها ، ولا ينتقل هذا الالتزام إلي الخلف العام إلا بانتقال ملكية العين إليه : راجع د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٢ حيث يشير سيادته أيضا إلي أن هذا الالتزام غير معروف لدى معظم التشريعات اللاتينية . إلا أن بعضـها يأخذ به كقانون الموجبات والعقود اللبناني (مادة / ٥٢) . أنظر هـامش ص ٢٢ .

(٣) د/ محمد حسام لطفي : المرجع السابق – ص ٧ ، ص ٨ .

(ب) تقسيم الالتزامات بحسب مدى أو نطاق الأداء (الالتزام ببذل عناية ، والالتزام بتحقيق نتيجة) :

تنقسم الالتزامات من حيث مدى أو نطاق الأداء الذي يلتزم به المدين (أو من حيث الغاية التي يهدف إليها الدائن) إلى نوعين : التزامات ببذل عناية أو بوسيلة (obligations de moyens) والتزامات بنتيجة (obligations de resultat) وقد ظهرت هذه التفرقة في ألمانيا علي يد الفقيه Bernhoft ، حيث دعا لأول مرة إلي ضرورة التفرقة بين العلاقات القانونية علي أساس مطابقة محل الالتزام أو عدم مطابقته للنتيجة النهائية التي ينتظرها الدائن ، إذ يقول في ذلك : " إن كل علاقة ملزمة إنما تتضمن اتجاها من جانب المدين نحو نتيجة معينة ، غير أن التزام المدين – في العلاقة – قد يقتصر علي أن يعمل ما يستطيع عمله لتحقيق النتيجة ، وهو بهذا يبرأ من التزامه دون توقف علي تحقق النتيجة بالفعل . أما إذا كانت النتيجة مقصودة لذاتها فلا ينقضي الالتزام مادامت النتيجة لم تتحقق ، إلا أن تكون هناك استحالة طارئة " (١) . ثم انتشر هذا التقسيم في الفقه

---

(١) ذكر بيرنهوفت ذلك في كتابه : " البيع والإيجار والعقود القريبة منهما " . مشار إليه لدى : د د/ عبد الحي حجازي : ص ١٦٥ ، وهامش ٣ بذات الصفحة ، وأنظر : ص ١٦٦ حيث يذكر سيادته أن الأستاذ بير نهوفت لم يهتم بأن يعطي اسما لكل من نوعي الالتزام ، وكان أول من حاول ذلك هو الفقيه الألماني Fischer إذ سمي النوع الأول " الالتزامات الشخصية " وسمي النوع الثاني " الالتزامات الموضوعية ".

الألماني ، وانتقل منه إلي الفقه الإيطالي ، ثم إلي الفقه الفرنسي حيث أخذ به الأستاذ Demoge والذي كان له الفضل في تسمية كل مـن نـوعي الالتزام باسمه الذي يطلق عليه الآن وهو الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة أو ببذل عناية ، واعتنقت محكمة النقض الفرنسية هـذا التقسـيم وكـذا غالبية الشراح ، وسائر المحاكم الفرنسية ، وما لبثت التفرقة أن أخـذت مكانها في الفقه والقضاء في مصر [١] .

ويعتمد هذا التقسيم علي مدى تطابق مضمون أو نطاق الالتـزام مع النتيجة أو الغاية التي يهدف إليها الدائن ، فيكون التزام المدين التزاما بنتيجة إذا أو تطابق محله مع الغرض أو النتيجة التي يرمي إليها الدائن ، بحيث تكون هذه النتيجة محلاً لالتزام المـدين ، أي تكـون مقصـودة لذاتها [٢] .

ولا يعتبر المدين قد نفذ التزامه إلا إذا حقق هذه النتيجـة والتـي تمثل الغاية التي ينشدها الدائن ، وهذا ما جعل البعض يطلق علـي هـذا الالتزام تسمية " الالتزام بتحقيق غاية [٣] .

---

(١) : د/ عبد الحي حجازي : ص ١٦٦ ، ص ١٦٧ والمراجع والأحكـام المشـار إليهـا بهـوامش ص ١٦٦ ، ص ١٦٧ ، ص ١٦٨ ، وانظـر : رسـالة فروسـار (بالفرنسية) : التفرقة بين الالتزامات بوسـيلة والالتزامـات بنتيجـة – بـاريس – ١٩٦٥ .

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٨ .

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٩ والمرجع المشار إليه بهامش ١ .

والالتزام بنتيجة هو أكثر الالتزامات عددا ، ومن أمثلتـه التـزام المقاول بإقامة بناء معين ، والتزام المستعير برد الشيء المعار ، والتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه ، والتزام المـودع لديـة بـرد الشيء المودع (١)، والتزام الناقل بتوصيل المسافر إلي المكـان المتفـق عليه (٢).

ففي الأمثلة المذكورة – وما شابهها – تكون النتيجـة مقصـودة لذاتها ، ولا يكون النشاط الذي يبذله المدين لتحقيقها إلا مجـرد وسـيلة ليست هي محل الالتزام ، ومن ثم إذا لم تتحقق النتيجة كان المدين مخـلا بالتزامه إلا إذا اثبت أن ثمة سببا أجنبيا عنه هو الذي حال دون تحقيـق النتيجة (٣).

أما الالتزام ببذل عناية (أو بوسيلة) فيقصد به التزام المـدين ببذل الجهد والعناية اللازمة في سبيل تحقيـق نتيجـة معينـة ، دون أن يضمن أو يلتزم بتحقيق تلك النتيجة (٤).

---

(١) د/ عبد الحي حجازي : ص ١٦٨ .
(٢) د/ حسام الدين الأهواني : المرجع السابق – ص ٩ .
(٣) د/ حجازي : ص ١٦٩ ، أستاذنا الدكتور / أحمـد محمود سعد : النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – القاهرة – ١٩٩٦ – ص ٢٣ .
(٤) د/ حسام الدين الأهواني : المرجع السابق – ص ٩ .

فإذا ما بذل المدين العناية المطلوبة ، فإنه يكون قد أوفى بالتزامه، بصرف النظر عن تحقق النتيجة التي ينشدها الدائن أو عدم تحققها (١) .

ومن أمثلة الالتزام ببذل عناية ، التزام الطبيب بعلاج المريض، حيث يلتزم الطبيب ببذل العناية اللازمة لعلاج المرض وفقا للأصول الطبية المستقرة ، دون أن يلتزم بشفاء المريض ، ذلك لأن الطبيب يعالج فقط ، أما الشفاء فهو بيد الخالق سبحانه وتعالي (٢). ومن أمثلة ذلك أيضا

---

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٩ .
(٢) ولذلك قيل : " الطبيب يداوي والله يشفي " ، وقد قال رسول الله صلي الله عليه وسلم : " لكل داء دواء ، فإذا أصاب دواء الداء ، شفي بإذن الله "

– ويري البعض فيما يتعلق بالمسئولية الطبية أنه قد أن الأوان ليكون التزام الطبيب بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية ، فالطبيب يلتزم بسلامة المريض ، وتعدد وسائل العلاج الحديث جعل من العسير بل من المستحيل إثبات إخلال الطبيب بالتزامه ، وأخيرا لا يمكن إنكار دور الخبرة الطبية في إعاقة إثبات المريض لخطأ الطبيب . د/ حسام الأهواني : هامش ٢ – ص ٩

– ورغم ما ينطوي عليه هذا الرأي من مسايرة الواقع العملي ، إلا أن من الصعب قبوله علي إطلاقه ، ذلك لأن القول بأن التزام الطبيب التزاما بنتيجة قد يؤدي إلي إحجام الكثير من الأطباء عن ممارسة العمل الطبي ، بحيث يتوجس الطبيب خيفة من شبح المسئولية المدنية ، والذي يعد سيفا مسلطا علي رقبة الطبيب ، فضلا عن ذلك فإن الطبيب وإن كان ملزما بضمان سلامة المريض إلا انه لا يلتزم بتحقيق الشفاء ، وهذا الأخير هو ما يقصده المريض (الدائن) من الطبيب كنتيجة . إلا أنه ليس للطبيب سلطان في هذا الشأن ، لأن الشفاء من عند الله تعالي .

أضف إلي ما تقدم . أن الفقه الفرنسي والقضاء – في غالبيته – يتفق علي أن – الأصل في التزام الطبيب أنه التزام ببذل عناية ، ورغم ذلك تكثر دعاوي المسئولية المدنية ضد الأطباء . ويقضي فيها لصالح المرضى بالتعويض ، ولا تشكل صعوبة الإثبات عقبة في هذا الشأن . إذ يكفي أن يشير المريض – أو ذووه – إلي واقعة ترجح إهمال الطبيب . فيتحول عبء الإثبات ليقع علي عاتق الطبيب أن أراد درأ المسئولية عنه ، كما أنه يفترض في الخبير الطبي – وكأي خبير – أن يؤدي ====

التزام المحامي بالدفاع عن موكله ، حيث يعد المحامي قد نفذ التزامه اذا بذل العناية المطلوبة في الترافع والدفاع عن موكله ، حتى ولو لم تتم تبرئة الموكل (١) . وكذلك التزام المودع لديه بحفظ الشيء المودع.

=== بالأمانة والصدق وإلا كان مسئولا تأديبيا ومدنيا وجنائيا في بعض الحالات .
(أنظر مؤلفنا : المسئولية المدنية للخبير القضائي – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٨) .

والحق ، أنه علي صعيد الأعمال الطبية الحديثة الآن ، توجد بعض الأعمال يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة ، مثل عمليات نقل الدم ، جراحات التجميل ، وعمليات التحاليل الطبية راجع رسالة أستاذنا الدكتور / أحمد محمود سعد : مسئولية المستشفي الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه – دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه والقضاء الوطنيين والأجنبيين – دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩٥

(١) عكس ذلك أنظر : رسالة الزميل الأستاذ الدكتور / محمد عبد الظاهر حسين . المسئولية المدنية للمحامي تجاه العميل – جامعة القاهرة – ١٩٩٠ ، إذ يري أن التزام المحامي يشكل التزاما بنتيجة ، ويسير في ذلك علي نهج نفر قليل من الفقه الفرنسي والذي يحلل التزام المحامي إلي مراحل ، ويعتبر كل مرحلة عملا قائما بذاته ن فالتزامه بدراسة الدعوى الموكل فيها وإبداء الدفوع ، والتزامه بالطعن في الحكم في الميعاد القانوني ، والتزامه بتقديم الاستشكال ، واتخاذ الإجراءات التحفظية ، كل تلك الأعمال تعد التزامات فرعية بنتيجة

– ومن هذا الرأي في الفقه المصري / الأستاذ الدكتور / إبراهيم الدسوقي أبو الليل : المرجع السابق – ص ٣٠ ، حيث يري سيادته أن النتيجة المقصودة في مثل هذه الالتزامات الفرعية ، هي مجرد القيام بالإجراء المحدد ، وبصرف النظر عن مآله.

– غير أن غالبية الفقه المصري – والفرنسي – لا تؤيد هذا الرأي وينظر الفقه إلي التزام المحامي كوحدة واحدة ، لا يلتزم المحامي فيها بتبرئه المتهم أو كسب الدعوى وإنما ببذل قصاري جهده في سبيل تحقيق ذلك ، فيظل التزامه ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة .

ونحن نميل إلي تأييد الرأي الغالب في الفقه ، حيث يظل التزام المحامي التزاما ببذل عناية ، اللهم إلا إذا التزم بالقيام بعمل محدد كتقديم طعن في الحكم في الميعاد القانوني فيكون ملتزما بنتيجة تتمثل في القيام بالطعن في الميعاد . وهذا فرض نظري بحت حيث أن مهمة المحامي لا تقتصر علي تقديم الطعن وإنما متابعته والترافع عن الموكل حتى إقفال باب المرافعة في الدعوى والموكل لم يكن يقصد إلا كسب===

إذ لا يطلب من المودع لديه سوى بذل العناية المطلوبة للمحافظة علي الشيء المودع .

والعناية الواجبة في مثل هذه الالتزامات هي في الأصل عناية الشخص العادي (معياراً موضوعي) ، ولكن قد تزيد العناية أو قد تنقص بالاتفاق أو بنص القانون ، وهذا ما نصت عليه المادة / ٢١١ من القانون المدني المصري ، حيث تقول : " في الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ علي الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفي بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق علي غير ذلك " (١) . وقد تقتضي طبيعة الالتزام أن يحقق المدين نتيجة معينة (٢) .

ويلاحظ أن الطابع الاحتمالي للنتيجة Alea du resultat هو في الغالب من أهم المعايير التي يستند إليها تقسيم الالتزام إلى التزام

==== الدعوى ٠أو الحصول علي البراءة كنتيجة نهائية ، وبالتالي يصبح القيام بالطعن مجرد مرحلة من مراحل عمل المحامي ، وليس هو العمل نفسه ٠

(١) فقد تزيد العناية المطلوبة عن عناية الشخص المعتاد ، كما في عقد العارية (مادة ٦٤١ / ١) . وقد تنقص عن ذلك كما في الوكالة بلا أجر (مادة ٧٠٤ / ١) والوديعة بغير اجر (مادة ٧٢٠ / ١ مدني مصري) .

(٢) د/ أحمد محمود سعد : النظرية العامة للالتزام – المرجع سالف الذكر – ص ٢٣.

بنتيجة والتزام ببذل عناية [١] ، فيكون الالتزام التزاما بنتيجة كلما قل نصيب الاحتمال (أو الصدفة) في تحقق النتيجة وكثر اليقين في تحققها بواسطة المدين ، أما حيث يزيد نصيب الاحتمال في تحقق النتيجة ويقل اليقين في تحققها ، فإن الالتزام حينئذ يكون التزاما ببذل عناية ، إذ يكون تحقق النتيجة متوقفا في معظمه علي ظروف لا سلطان للمدين عليها [٢] .

وعلي الرغم من أن تقسيم الالتزام إلي التزام بنتيجة والتزام ببذل عناية يسرى علي سائر الالتزامات من الناحية النظرية ، إلا أنه لا يتصور أن يرد إلا علي الالتزام بعمل من الناحية العملية ، حيث أن الالتزام بالامتناع عن عمل هو بالضرورة التزاماً بنتيجة ، إذ المدين لا يلتزم بأن يبذل جهده في الامتناع عن العمل ، وإنما يلتزم بالامتناع أي بتحقيق نتيجة [٣] .

---

(١) د/ عبد الحي حجازي : المرجع السابق – ص ١٧٣ ، والمرجع المشار إليه بهامش رقم ٢١ .

(٢) د/ عبد الحي حجازي : ص ١٧٢ . ص ١٧٣ .

(٣) د/ حسام الدين الأهواني :/ المرجع السابق – ص ٩ .

وتبدو أهمية التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية في مجال المسئولية العقدية ، لا سيما فيما يتعلق بعبء الإثبات [١].

فإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة ، فإن المدين يعد مسئولاً لمجرد عدم تحقق النتيجة ، فما على الدائن سوى أن يثبت أن النتيجة لم تتحقق ، ومن ثم لا يستطيع المدين أن ينفي عن نفسه المسئولية إلا إذا اثبت أنه قد بذل العناية الواجبة وبما يتفق والأصول السليمة ، وأن عدم تحقق النتيجة يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كقوة قاهرة أو حادث مفاجئ[٢]

أما في الالتزام ببذل العناية فإن المدين لا يعد مسئولاً إلا إذا اثبت الدائن أن المدين لم يقم ببذل العناية المطلوبة وفقا لمعيار الشخص العادي [٣] .

---

(١) ذهب بعض الشراح إلى أن التفرقة المذكورة يمكن الأخذ بها في مجال المسئولية التقصيرية ، حيث يوجد نظام مسئولية يقابل تماما تقسيم الالتزامات إلى التزامات بنتيجة والتزامات بوسيلة، ومن أمثلة تلك ما نجده بخصوص مسئولية حارس الأشياء ، والذي يعد مسئولا عن الأضرار التي تحدثها هذه الأشياء . ولا يستطيع نفي هذه المسئولية إلا إذا اثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، وهذا المركز يشابه مركز المدين بتحقيق نتيجة في المجال التعاقدي والذي يسأل لمجرد عدم تحقق النتيجة ، إلا إذا أثبت أن تلك يرجع إلى سبب أجنبي . أما الالتزام بوسيلة فيقابل – عند أنصار الرأي المذكور – الواجب العام بالعناية والحيطة في مجال المسئولية التقصيرية .

إلا أن جمهور الفقه الفرنسي لا يوافق على الرأي المذكور . وبالتالي يظل المجال التعاقدي هو المجال الأساسي لسريان التفرقة بين الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة .

- انظر في عرض هذه الآراء والقائلين بها وحججها ، والرد عليها : أستاذنا الدكتور / عبد الحي حجازي : المرجع السابق – ص ١٨٤ ،ص ١٨٦ . والمراجع المشار اليها بالهوامش . ويؤيد سيادته رأي الجمهور . وانظر فيمن يؤيد هذا الرأي ضمنا في الفقه المصري أستاذنا الدكتور / حسام الدين الأهواني : المرجع السابق – ص ٩ .

(٢) د/ أحمد محمود سعد : المرجع السابق – ص ٣٣ .

(٣) د/ حسام الدين الأهواني : ص ٩ . د/ محمد حسام لطفي : ص ٩ .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بمناسبة التزام الطبيب بأن : "مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية خاصة ، أن المريض إذا أنكر على الطبيب . بذل العناية الواجبة فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض ...... " (١)

وفي رأي البعض ، فإن أهمية التمييز فيما يخص عبء الإثبات ، تظل نظرية أكثر منها عملية ، إذ أن الإثبات من الناحية العملية يكون سجالاً بين طرفي النزاع حيث يقوم كل منهما بتقديم ما يؤيد ادعاءه ، دون أن يرتكز علي واقعة أن عبء الإثبات يقع علي خصمه ، لذلك تكاد تنحصر فائدة الالتزام بنتيجة علي الحالة التي لا يستطيع فيها الدائن به إثبات مسئولية المدين ، إذ تقام هذه المسئولية بمجرد عدم تحقق النتيجة المرغوبة ، ما لم يتمكن المدين من إثبات السبب الأجنبي الذي يعزى إليه عدم تحقق النتيجة . (٢)

ورغم وجاهة الرأي المذكور ، واتفاقه مع الواقع القضائي حيث يتبادل الخصوم المراكز في الدعوى أمام القضاء ، فيصير المدعي مدعياً عليه ، أو المدعي عليه مدعياً وبالتالي ينقلب عبء الإثبات ، إلا أن فائدة التفرقة بين الالتزام بنتيجة والالتزام ببذل عناية لا يمكن إنكارها في مجال الإثبات ، وقد أقر صاحب الرأي السابق ذلك ، حيث أن الالتزام بنتيجة

(١) نقض مدني : ١٩٦٩/٦/٢٦ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٠ – ص ١٠٧٥.
(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٣١.

يسهل عملية الإثبات بالنسبة للدائن إذ يكفيه أن يشير إلي عدم تحقق النتيجة ، فتقوم مسئولية المدين ، ما لم يتمكن من إثبات سببا أجنبيا حال دون تحقيق النتيجة ، فمركز الدائن إذن فيما يتعلق بالإثبات في مجال الالتزام بنتيجة أفضل حالاً من مركزه في مجال الالتزام ببذل عناية (١) حيث يقع عليه عبء إثبات عدم قيام المدين ببذل العناية المطلوبة ، وهو إثبات جد صعب .

الالتزام بالسلامة (obligation de securite)

أفرز الفكر القانوني الحديث التزماً جديداً يسمى الالتزام بالسلامة (أو الالتزام بضمان السلامة) ، ويعني التزام المدين بألا يلحق بالمتعاقد معه ضرراً مادياً في جسده (٢) ، حيث يهدف هذا الالتزام إلي حماية حياة المتعاقد وسلامته البدنية (٣) . وقد نشأ بسبب انتشار الصناعة وزيادة استخدام الآلات الخطرة نتيجة التقدم الصناعي والتكنولوجي ، مما أدي إلي كثرة حوادث العمل ، وكانت تقام وقتئذ دعاوى تعويض العمال عن الأضرار التي تصيبهم بسبب الآلات علي

---

(١) د/ عبد الحي حجازي : ص ١٦٧ ، د / أحمد سعد : ص ٢٤ يذكر أن تقسيم الالتزامات إلي التزامات بنتيجة وأخري ببذل عناية ، لم يسلم من النقد ، حيث ذهب البعض إلي أن الالتزامات كلها هي التزامات ببذل عناية ، وذهب البعض الآخر إلي أنها كلها التزامات بنتيجة ، راجع حول هذه الآراء وتحليلها : د/ عبد الحي حجازي : ص ١٧٨ ، ص ١٧٩ .

(٢) د/ محمد حسام لطفي : ص ٨ .

(٣) د/ عبد الحي حجازي : ص ١٨١ ، وحول الالتزام بالسلامة بصفة عامة وتطبيقاته راجع: مشكلات المسئولية المدنية - الجزء الأول - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٧٨.

أساس المسئولية التقصيرية ، ومن ثم كان علي العامل أن يثبت خطأ رب العمل ، وهو إثبات صعب ، وبالتالي لم يكن العامل يحصل علي تعويض إذا لم يستطع إثبات خطأ رب العمل (١) .

وهذا الوضع جعل الفقه يقدم تحليلاً جديداً لمضمون عقد العمل ، بحيث يلقي علي عاتق رب العمل التزاماً تعاقدياً بتأمين سلامة العامل ، بحيث إذا وقع حادث للعامل أثناء عمله ، اعتبر رب العمل مسئولاً لعدم تنفيذ التزامه بضمان السلامة ، ومن حق العامل الحصول علي التعويض دون أن يكلف بإثبات خطأ رب العمل (٢) .

ثم ظهر الالتزام بالسلامة بعد ذلك في مجال عقد النقل ، حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما في عام ١٩١١ قضت فيه بأن عقد النقل يلزم أمين النقل بنقل المسافر سليماً إلي مقر الوصول (٣) . ثم امتد نطاق تطبيق الالتزام بالسلامة ليشمل عقوداً أخرى (٤) . وقد أخذ القضاء المصري بهذا الاتجاه فاعتبر أن عقد نقل الأشخاص يلقى علي عاتق الناقل التزاماً بضمان

---

(١) د/ عبد الحي حجازي : ص ١٨١ .

(٢) نفس الإشارة . ويلاحظ أن بعض التشريعات تجعل مسئولية رب العمل – عن الأضرار التي تصيب العامل أثناء عمله – مسئولية موضوعية لا تقوم علي الخطأ بل علي الضرر ، وبالتالي زالت أهمية الالتزام بضمان السلامة في المجال المذكور ، والذي أدخل في العقد لإعفاء المضرور من إثبات الخطأ بوصفه شرطا للحصول علي التعويض ، انظر : د/ عبد الحي حجازي : المرجع السابق – ص ٣١١ وما بعدها .

(٣) د/ حجازي : ص ١٨٢ .

(٤) انظر تطبيقات أخرى لدى : د / عبد الحي حجازي : ص ١٨٢ ، ص ١٨٣ ، د/ محمود جمال الدين زكي /: مشكلات المسئولية المدنية – المرجع السابق – ص ٣١١ وما بعدها .

الاتجاه فاعتبر أن عقد نقل الأشخاص يلقي علي عاتق الناقل التزاماً بضمان سلامة الراكب وهو التزام بتحقيق عناية فإذا أصيب الراكب بضرر أثناء تنفيذ عقد النقل تقوم مسئولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلي إثبات وقوع خطأ من جانبه (١) .

وقد درج القضاء الفرنسي علي اعتبار الالتزام بالسلامة من قبيل الالتزام بتحقيق نتيجة لاسيما في مجال عقد نقل الأشخاص حيث يلتزم الناقل بتوصيل الركاب سالمين معافين إلي الجهة التي يقصدونها ، وهذا الالتزام يسري أثناء الرحلة دون المرحلة السابقة أو اللاحقة عليها (٢) .

ولكن سرعان ما ساد إحساس لدى الفقه والقضاء بضرورة وقف التوسع في الالتزام بضمان السلامة ، فظهر تحليل جديد مؤداه أن المضرور إذا كان يسهم بنشاطه أو بمهارته أو رعونته في سير العملية التي كان ضحيتها ، لا يجوز له أن يتمسك بالالتزام بضمان السلامة بوصفه التزماً بنتيجة ، وبالتالي يصبح الالتزام هنا التزاماً ببذل عناية (٣). وتطبيقاً لذلك لا يعد الناقل قد خالف التزامه التعاقدي بضمان سلامة المسافر لمجرد الإصابة الجسدية للمسافر، ما دام الناقل قد بذل ما تعهد القيام به من تدابير (٤) .

---

(١) نقض مدني ١٩٧٩/٣/٧ س ٣٠ العدد ١- ص ٧٤٢ .
(٢) د/ محمد حسام لطفي : المرجع السابق – ص ٨ .
(٣) د/ عبد الحي حجازي : ص ١٨٣ .
(٤) د/ محمد حسام لطفي : ص ٨ .

خلاصة القول أن الالتزام بالسلامة ، يعد التزامــاً بنتيجــة تــارة ، والتزاماً ببذل عناية تارة أخرى [١] .

رابعا : ترتيب مصادر الالتزام وموقف التقنين المدني المصري :

يقصد بمصدر الالتزام السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام [٢] ، فالتزام البائع بتسليم المبيع مصدره عقد البيع ، والتزام المستأجر بسداد الأجــرة مصدره عقد الإيجار ، والتزام قائد السيارة بالتعويض مصدره العمل غير المشروع ، وهكذا .

وقد يقصد بمصدر الالتــزام الواقعــة القانونيــة التــي أنشــأت الالتزام[٣] ، وسوف نشير في عجالة إلــي التقســيم التقليــدي لمصــادر الالتزام، ثم التقسيم الحديث لها ،وموقف المشرع المصري مــن تقســيم

---

(١) يتحدث البعض عن نوع ثالث من التزامات التعاقدية هو الالتزام بالضمان وهو عبارة عن التزام شخص بمقتضى نص في القانون أو اشتراط في العقد ، بأن يعوض شخصاً آخر عن ضرر ناشئ عن سبب أجنبي قد يكون قوة قاهرة ، وقد يتمثل في خطا الغير أو خطأ الدائن ، وهذا الالتزام يختلف كل الاختلاف عن الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة ، حول هذا الالتزام وأوجه الاختلاف بينه وبين المسئولية القائمة علي الخطأ راجع : د/ عبد الحي حجازي ص ١٨٨ : ص ١٩٠ ،

- Le Gail :L'obligation de garnatie dans le louage de choses –Th – Paris – 1962 , Grass : La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats – Th – Paris – 1954 .

(٢) د/ السنهوري : المرجع السابق – ص ١٥١ . غير أنه ينبغي التحرز في فهم معنى كلمة السبب ، حتى لا يختلط بسبب الالتزام أو سبب الصدة : د/ حسام الدين الأهواني : هامش ١ ص ١١ .

(٣) راجع : أستاذنا الدكتور / عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٦ – ص ٣٢ .

مصادر الالتزام ويلي ذلك بيان التقسيم العلمي لمصادر الالتزام ، وأخيراً التقسيم الذي نسير عليه وخطة الدراسة ، وذلك كالتالي :

(أ) التقسيم التقليدي لمصادر الإلتزام :

وفقاً لما قال به بوتييه ، فإن مصادر الالتزام خمسة هي العقد وشبه العقد ، والجريمة ، وشبه الجريمة ، والقانون ، وقد أخذ القانون الفرنسي – والقوانين اللاتينية – بهذا التقسيم [١] .

فالعقـــد هو توافق إرادتين أو أكثر علي إنشاء إلتزام ، كعقـــد البيع، وشبه العقد هو عمل اختياري مشروع يرتب التزاماً نحو الغيـــر أو فـــي ذمته ، كالفضالة [٢] ، والجريمة عمل ضار يأتيه فاعله متعمداً الإضـــرار بالغير ، كإتلاف مال مملوك للغير عن عمد ، وشبه الجريمة عمل ضـــار ولكن لا يأتيه فاعله بقصد الإضرار بالغير ، فهو يصدر عـــن إهمـــال أو

---

(١) يلاحظ أن هذا التقسيم قد نسب علي سبيل الخطأ إلي القانون الروماني ، والحقيقة أن هذا القانون لم يعرف التقسيم المذكور علي النحو الوارد به ، إلا أنه يمكن القول أن الرومان قد وضعوا اللبنات الأولي لهذا التقسيم دون أن يعرفوه علي النحو الذي ورد به ، ويرجع الفضل في إبراز هذا التقسيم إلي الفقيه الفرنسي بوتييه . الذي أدخله في القانون الفرنسي . كما يلاحظ أنه لا يوجد نص يجمع هذا التقسيم في القانون المدني الفرنسي ، وإنما يستشف هذا التقسيم من تبويب هذا القانون ومعاجلته لمصادر الالتزام .

راجع حول المسائل السابقة بالتفصيل لدى : د/ السنهوري : ص ١٥٢ ، وما بعدها ، أستاذنا الدكتور : عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٦ – ص ٣٣ وما بعدها ، حيث يذكر سيادته أن التقسيم التقليدي قد نسب خطأ إلي القانون الروماني مع أن هذا الأخير لم يكن يعرف سوى ثلاثة أنواع من المصادر : الجريمة ، والعقد ، والأسباب المختلفة التي لا يمكن ردها إلي الجريمة أو العقد .

(٢) د / محمد حسام لطفي : ص ١٠

رعونة أو عدم احتياط ، والقانون يكون مصدراً للالتزام في حالات معينة بمقتضى النص ، فيرتب التزاماً علي واقعة لا تندرج تحت الحالات السابقة، ومن أمثلة ذلك الالتزام بالنفقة (١) .

نقد التقسيم التقليدي :

سلم الفقه الفرنسي بهذا التقسيم في أول الأمر ، ولكن سرعان ما وجه إليه عدة انتقادات أهمها ما يلي : (٢) .

١- أن هذا التقسيم لا يستند إلي المنطق ، إذ لا يوجد فارق من الناحية العملية بين الجريمة وشبة الجريمة ، حيث يترتب عليهما الالتزام بالتعويض الكامل .

٢- أن هذا التقسيم لا يستند إلي أصل تاريخي صحيح ، وإنما جاء نتيجة لخطأ في فهم نصوص القانون الروماني .

٣- أن فكرة شبه العقد ، فكرة غير محددة ، كما أنها فكرة غير صحيحة، إذ تبتعد عن العقد لأنها عمل غير إرادي ، وتقترب من الجريمة وشبه الجريمة لأنها عمل غير مشروع (٣) .

---

(١) د/ الصدة : ص ٣٢ ، ص ٣٣ .

(٢) في هذه الانتقادات بالتفصيل راجع : د/ السنهوري : ص ١٥٦ وما بعدها ، حيث يذكر سيادته أن الأستاذ بلانيول قد حمل لواء مهاجمة هذا التقسيم ونقده ، ويذكر أستاذنا الدكتور الصدة أن الأستاذ بوتييه كان أول من هاجم هذا التقسيم ، انظر في ذلك : د / الصدة / ص ٣٥ ، ص ٣٦ .

(٣) د/ السنهوري : ص ١٥٧ ، د / محمد حسام لطفي : ص ١١ .

وبعد أن فرغ الأستاذ بلانيول من نقد التقسيم التقليدي ، قال بتقسيم ثنائي لمصادر الالتزام حيث ردها إلى العقد والقانون ، ويدخل تحت القانون شبه العقد والجريمة وشبة الجريمة ، غير أن هذا التقسيم كان محلاً للنقد أيضا استنادا علي عدم دقته ، وعدم أهميته العملية ، ولذا لم يتحمس له الفقه [١] .

وعلي اثر هذه الانتقادات ، قال الفقه بتقسيم حديث لمصادر الالتزام ، نعرض له فيما يلي :

(ب) <u>التقسيم الحديث لمصادر الالتزام</u> :

اتجه الفقه إلي تقسيم مصادر الالتزام إلي خمسة مصادر هي : العقد ، والإرادة المنفردة ، والعمل غير المشروع (الفعل الضار) ، والإثراء بلا سبب (الفعل النافع) ، والقانون [٢] ، وقد أخذت التشريعات الحديثة بهذا التقسيم [٣] .

---

(١) د/ الصدة : ص ٣٨ ، وفي نقد هذا التقسيم أنظر أستاذنا الدكتور السنهوري : ص ١٥٨ : ص ١٦٠ .
- وقد قال الأستاذ الدكتور / حلمي بهجت بدوي (أصول الالتزامات – ص ٣٦ : ص ٤٠) بتقسيم ثنائي للالتزام ، حيث لا يوجد الا مصدران للالتزام : الإرادة والقانون ، غير أن هذا التقسيم يختلف في جوهره عن التقسيم الثنائي لدي بلانيول : انظر في هذا التقسيم ونقده : د/ السنهوري / هامش ١ – ص ١٦١ .
(٢) انظر : د / محمد حسام لطفي : ص ١٢ .
(٣) كالتشريع الالماني والسويسري والايطالي ، والمصري .

فالعقد هو توافق إرادتين أو أكثر علي إنشاء أثر قـانوني معـين ، والإرادة المنفردة هي اتجاه إرادة الشخص إلـى إلـزام نفسـه بإرادتـه المنفردة ، والعمل غير المشروع (أو الفعل الضار) هـو فعـل خطـأ يصدر من شخص ويلحق الضرر بآخر وينشأ منه التزام الفاعل بتعويض الضرر الذي نتج عن خطئه ، أما الإثراء بلا سبب (الفعل النافع) فيعني إثراء شخص نتيجة افتقار آخر دون توافر مبرر قانوني ، وأخيـراً فـإن القانون هو المصدر المباشر للالتزام في الأحوال التي لا يمكن أن يرد فيها الالتزام إلي مصدر من المصادر الأربعة المذكورة [١] .

(ج) التقسيم العلمي لمصادر الالتزام :

يلاحظ أن الترتيب الحديث لمصادر الالتزام يقتصر علي تعداد هـذه المصادر ، وتغلب فيه الناحية العملية ، إلا أنه يفتقر إلي الأساس العلمـي الذي يرتكز عليه ، فلا يكفي أن نقول هذه هي مصادر الالتزام ، بل يجب إرجاع (أورد) هذه المصادر إلي أصول علمية منطقية [٢] .

ويجري الفقه الحديث علي رد مصادر الالتزام من الناحية العلمية إلي مصدر واحد هو الواقعة القانونية [٣] ، وهي كل حـدث أو أمـر يرتـب

(١) د/ محمد حسام لطفي : ص ١٢ ، ص ١٣ .
(٢) د/ السنهوري : ص ١٦٣ .
(٣) د/ الصدة : ص ٣٩ ، د / السنهوري : ص ١٦٤ .

القانون علي وقوعه نشوء التزام ، وهذه الواقعة يمكن التمييز فيها بـــين نوعين :

١- وقائع طبيعية : وهي التي تحدث دون تدخل من جانب الإنسان ، إلا أن القانون يرتب عليها أثراً قانونياً معينا ، ومثالها الظـــواهر الطبيعيـــة كغروب الشمس ، والحوادث العارضة كفيضان نهر أو انفجار آلة ، وكذا الوقائع التي تأتي من الجماد أو النبات أو الحيوان، كالجوار ونضوج الغلة ونتاج المواشي ، كما تشمل الحوادث التي تكون متصلة بالإنسان ولكن لا يد له في وقوعها كالولادة والموت (١) .

٢- وقائع اختيارية : وهي التي تحدث بفعل الإنسان ، سواء صـــدرت عن إرادة منه أو من غير إرادة وهي علي نـــوعين : أعمـــال ماديـــة ، وأعمال أو تصرفات قانونية :

أ- أعمال مادية : وهي أعمال تصدر من الشخص ويرتـــب عليهـــا القانون أثراً بصرف النظر عن إرادة صاحبها ، فقد يريد الشخص العمل والأثر المترتب عليه ، كما إذا قام بعمل نافع أثري به الغير علي حسابه ، ومثال ذلك قيام الشخص بإصـــلاح حـــائط للجـــار معرض للسقوط دون أن يكون ملزما بذلك ، وقـــد يريد الشخص

(١) د / الصدة : ص ٤٠ .

العمل ولكن لا يريد الأثر المترتب عليه ، كما إذا صدر منه عمل غير مشروع عن إهمال بأن صدم أحد المارة بسيارته [١]" .

والقانون يرتب الأثر في الحالتين ، أي سواء اتجهت إرادة الشخص إلى قبول هذا الأثر أو لم تتجه .

ب- أعمال أو تصرفات قانونية : وهي أعمال إرادية يقصد بها من صدرت منه إحداث أثر قانوني معين ، ويترتب الأثر بمجرد اتجاه إرادته إلى إحداثه فيسمي عملاً إرادياً من جانب واحد ، (الالتزام بالإرادة المنفردة) ، وقد يترتب الأثر باقتران إرادته بإرادة شخص آخر فيسمي عملاً إرادياً من جانبين (العقد) [٢] .

ويترتب الأثر في هذه الأعمال بسلطان الإرادة لا بقوة القانون فهي آثار تقع لأن الإرادة قد اتجهت إليها .

وبناءاً عليه ، يمكن أن تندرج الوقائع الطبيعية والأعمال المادية تحت تسمية واحدة هي الوقائع المادية ، ويقابلها التصرفات القانونية[٣] ، ونكون بصدد واقعة مادية حين يرتب القانون عليها آثارها دون أن يكون من الضروري لتحققها أن تتجه الإرادة إلي ذلك ، ونكون بصدد تصرف

---

(١) د/ الصدة : ص ٤٠ .

(٢) نفس الإشارة .

(٣) د / محمد حسام لطفي : ص ١٤ .

قانوني إذا كانت الإرادة ضرورية ولازمة لترتيب آثـــار قانونية معينة[١] .

وينظر البعض إلى الواقعة القانونية بالمفهوم الضيق وتشمل الواقعة الطبيعية والعمل المادي ، ويقارن بينها وبين التصرف القانوني من جانب آخر ، فيعد التصرف القانوني مصدراً مستقلاً للالتزام يقوم إلـــى جانـــب الواقعة القانونية ولا يعد نوعاً منها [٢] . وتشمل الواقعة القانونية العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، أما التصرف القانوني فيشـــمل العقـــد والإرادة المنفردة ، وإلى جانب ذلك يوجد القانون كمصدر مباشر للالتزام، ويدخله البعض تحت الواقعة القانونية [٣] .

<u>(د) موقف القانون المصري وخطة الدراسة :</u>

اتبع المشرع المصري التقسيم الحديث لمصادر الالتزام ، وجعلها خمسة ، هي العقد ولإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب وأخيراً القانون كمصدر مباشر للالتزامات .

وقد خصص القانون المدني المصري أكبر مساحة لأهم مصدر مـــن هذه المصادر وهو العقد ، حيث تناوله في المواد من ٨٩ إلى ١٦١ ، أما الإرادة المنفردة فأفرد لها المشرع مـــادة وحيـــدة هـــي المـــادة ١٦٢ ،

---

(١) د/ [illegible] : ص ٤١.

(٢) د. / محمد حسام لطفي : ص ١٤

(٣) د/ / حسام الدين الاهواني : ص ١٢ .

وخصص للعمل غير المشروع المواد من ١٦٣ إلى ١٧٨ ، وللإثراء بلا سبب المواد من ١٧٩ إلى ١٩٧ ، وأخيراً عالجت المادة ١٩٨ الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون .

ويمكن تقسيم مصادر الالتزام من حيث دور الإرادة فيها إلى نوعين :

أولهما المصادر الإرادية للالتزام ، وثانيهما المصادر غير الإرادية للالتزام ، وذلك من خلال بابين كالتالي :

الباب الأول : المصادر الإرادية للالتزام .

الباب الثاني : المصادر غير الإرادية للالتزام .

الباب الأول

المصادر الإرادية للالتزام

يقصد بالمصادر الإرادية للالتزام تلك المصادر التي تستند إلى الإرادة وتشمل العقد . والإرادة المنفردة .

ونتناول دراسة هذين المصدرين من خلال الفصول التالية :

الفصل الأول : فكرة العقد والمرحلة السابقة علي التعاقد .

الفصل الثاني : إبرام (انعقاد) العقد .

الفصل الثالث : آثار العقد .

الفصل الرابع : انحلال (زوال) العقد .

الفصل الخامس : الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام .

الفصل الأول

فكرة العقد والمرحلة السابقة على التعاقد

يعتبر العقد أهم مصادر الالتزام قاطبة ، ذلك لأن العقد هو الوسيلة الأولى والأساسية لتداول الثروة ، فضلاً عن أنه من أكثر مصادر الالتزام شيوعاً من الناحية العملية ، حيث تبرم آلاف – بل ملايين – العقود في الحياة اليومية .

وقبل الخوض في دراسة أحكام العقد ، يقتضي الأمر بحث بعض النقاط الأولية التي تمهد لدراسة المسائل الأساسية في نظرية العقد .

ومن ثم يشتمل هذا الفصل على المباحث التالية :

المبحث الأول : فكرة المرحلة السابقة على التعاقد .

المبحث الثاني : التعريف بالعقد .

المبحث الثالث : أساس القوة الملزمة للعقد (مبدأ سلطان الإرادة) .

المبحث الرابع : القانون الواجب التطبيق على العقد .

المبحث الخامس : تقسيمات العقود .

المبحث السادس: التنظيم التشريعي للعقد في القانون المدني المصري .

المبحث الأول

فكرة المرحلة السابقة على التعاقد

يسبق إبرام العقد في الغالب مراحل تمهيدية [١] ، ويعبر عن هذه المراحل بعبارة " المفاوضات العقدية " ، وهي مفاوضات تقتضيها طبيعة بعض العقود الهامة مثل عقود التوريد طويلة المدة خاصة ما يتعلق منها بالطائرات المدنية والحربية والتنقيب عن المعادن واستخراجها من باطن الأرض ، وعقود نقل التكنولوجيا الحديثة [٢] .

ولم تحظ هذه المرحلة بعناية الفقه إلا منذ فترة ليست بالبعيدة [٣]، ويرجع الاهتمام بمرحلة ما قبل التعاقد إلى ما لهذه المرحلة من آثار هامة، فهي تثير البحث في مسئولية المفاوض ، فضلاً عن أنها تحدد شروط وحدود التعاقد وتساعد في تفسير هذه الأمور ، كما تعين في فهم آثار العقد ، في حالة إتمام العقد النهائي .

وفي المرحلة السابقة على التعاقد يتبادل أطراف التفاوض أوراق ومستندات لا حصر لها[٤] ، أهمها مذكرة التفاهم ، والبروتوكول ،

---

(١) هناك عقود تتم في العادة دون مفاوضات تسبقها ، منها العقود المألوفة في الحياة اليومية كمن يأكل في مطعم أو ينزل في فندق أو يشتري صحيفة يومية ، والعقود التي تبرم دون سابق مفاوضات في الحياة التجارية وهي تقتضي السرعة في التعامل ، وكذلك عقود الإذعان وهي تتميز بإيجاب بات في بادئ الأمر يعقبه إذعان من الطرف الأخر أو قبول لابد منه ، راجع :
د/ السنهوري : ص ٢٦٢ – هامش ١ .

(٢) د محمد حسام محمود لطفي : المسئولية المدنية في مرحلة التفاوض – دراسة في القانون المصري والفرنسي – القاهرة – ١٩٩٥ – ص ١٠ .

(٣) ولا يعني ذلك أن الفقه القانوني كان يهمل هذه المرحلة تماماً ، بل على العكس ظهرت بعض المحاولات الفقهية التي تبحث في مرحلة تكوين العقد وتحديد المسئولية القانونية عند التفاوض على العقد ، ومن ذلك " نظرية الخطأ عند تكوين العقد " التي قال بها العلامة اهرنج .

(٤) حول هذه المرحلة وأهميتها خاصة عند إبرام العقد راجع : د/ محمد إبراهيم الدسوقي : الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود – معهد الإدارة العامة – الرياض – المملكة العربية السعودية – ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ – ص ٣ وما بعدها .

والاتفاقيات الأساسية ، وخطابات النوايا (١) ، وتعهدات الشرف (٢) وغيرها (٣) . ويثور التساؤل حول القيمة القانونية لهذه الأوراق سواء في مرحلة التفاوض أو بعد إبرام العقد النهائي (٤) .

المسئولية عن مرحلة التفاوض :

(١) تلعب خطابات النوايا دورا هاما في مرحلة ما قبل التعاقد ، ويمكن القول أن هناك طوائف أربعة لهذه الخطابات هي : ١- خطابات نوايا تتضمن رغبة محررها في التعاقد ومحددا بها عناصرها الرئيسية المقترحة . ويرسلها إلي الطرف الأخر يدعوه فيها إلي قبولها أو التفاوض حولها . ٢- خطابات تتضمن اتفاقات بشأن مرحلة المفاوضات ففيما يتعلق بقواعد سيرها (مثل مواعيدها – مكانها) وتحديد الالتزامات المرتبطة بها مثل الالتزام بالسرية . ٣- خطابات تثبت الاتفاقات التي يتوصل إليها خلال مرحلة المفاوضات بشأن عناصر موضوع العقد النهائي . ٤ – خطابات تتضمن عقودا حقيقية ولكن محرريها – وهم عادة من رجال الأعمال – يصفونها بأنها خطابات نوايا ، مثل المستندات التي تتضمن كل تفصيلات المعاملات محل التعاقد إلا أنه يتم الاتفاق علي تعليقها علي شرط لم يتحقق بعد مثل الحصول علي موافقة جهة حكومية . أنظر في ذلك : أستاذنا الدكتور / أحمد شرف الدين : أصول الصياغة القانونية للعقود (تصميم العقد) – القاهرة – ص ٧٠ ، ص ٧١ .

- كما تلعب خطابات النوايا –دورا هاما برز علي الساحة العملية والقانونية حديثا ، حيث تم استخدام هذه الخطابات في مجال الائتمان كضمانات حديثة غير مسماة ، وينتج عن هذه الخطابات التزامات متعددة تثير مسئولية مصدر الخطاب وقد يصل الأمر إلي حد نشوء التزام مماثل لالتزام الكفيل بل قد يكون اشد ، لذا فانه يستحسن اخذ الحيطة والحذر عند إعداد هذه الخطابات وإسناد أمر الصياغة لرجال القانون المختصين . حول . ذا الاستخدام الجديد لخطابات النوايا راجع مؤلفنا : خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان – دراسة في الفقه والقضاء الفرنسي في ضوء المبادئ العامة للقانون الفرنسي والمصري والكويتي – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية – ٢٠٠٠ .

(٢) وهو ما يعبر عنه بالإنجليزية GENTLEMEN'S EGREEMENT وبالفرنسية UN ENGAGEMENT D'HONNEUR

(٣) بل قد يصل الأمر إلي حد إبرام عقود تفاوض أو اتفاقات تفاوض ، راجع : د / أحمد شرف الدين المرجع السابق – ص ٦٨ وما بعدها .

- وحول العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد راجع : د / جمال فاخر النكاس : العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة علي العقد – مجلة الحقوق – الكويت – س ٢٠ – ع ١ – مارس ١٩٩٦ – ص ١٣٣ وما بعدها .

(٤) حول القيمة القانونية لخطابات النوايا في مرحلة التفاوض ، راجع : د/ أحمد شرف الدين / ص ١٠ ، ص ٨١ حيث يذكر سيادته أن الرأي السائد في فرنسا يذهب إلي ضرورة الاستعانة بخطاب النوايا – وغيره من مستندات ما قبل التعاقد- في تفسير العقد النهائي باعتبار هذا الخطاب من الأعمال التحضيرية للعقد النهائي ، وعلي العكس يميل شراح القانون الانجليزي إلي تجريد خطاب النوايا من كل قيمة قانونية في هذه الحالة إلا إذا نص فيه علي خلاف ذلك .

لا يرتب القانون في الأصل على المفاوضات السابقة على التعاقد أي أثر قانوني ، فكل متفاوض حر في قطع التفاوض في الوقت الذي يريد ، ومن ثم لا مسئولية على من عدل عن التفاوض وقام بقطع المفاوضات ، لأن المفاوضة عملاً مادياً لا يلزم أحد (١) .

غير أن قطع المفاوضات بدون مبرر جدي ومشروع ، وفي وقت غير ملائم بعد أن تكون المفاوضات قد قطعت شوطاً كبيراً ، يشكل خطأ يستوجب مساءلة من عدل ، ليس على مجرد العدول ، وإنما على الخطأ المقترن بالعدول (٢) .

طبيعة المسئولية عن قطع التفاوض :

يثور التساؤل حول طبيعة المسئولية الناشئة عند قطع التفاوض دون مبرر جدي ومشروع ، وهل هي مسئولية عقدية أم مسئولية تقصيرية ؟ .

اختلف الفقه بصدد هذه المسألة ، وظهر رأيان :

الرأي القائل بالمسئولية العقدية :

ذهب بعض الفقهاء إلي أن المسئولية في حالة قطع المفاوضات تكون مسئولية عقدية إذا ثبت وجود عقد بين الأطراف سواء لتنظيم

---

(١) د/ السنهوري : ص ٢٦٢ ، ص ٢٦٣ ، نقض مدني : ١٩٦٧/٢/٩ – مجموعة أحكام النقض – س ١٨ – رقم ٥٢ – ص ٣٣٤ ، ١٩٩٧/٦/٢٣ – مجموعة أحكام النقض – س ٤٨ – جـ ٢ – رقم ١٨٤ – ص ٩٥٢ حيث ورد فيه أن : " المفاوضات ليست إلا عملا ماديا ولا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني " .
- ولا يكلف من عدل بإثبات أنه قد عدل لسبب جدي .

(٢) نقض مدني : ١٩٦٧/٢/٩ المذكور .

عملية التفاوض أو لرصد النقاط التي تم حسمها بالفعل عن طريق التفاوض ، فهذا العقد إن وجد يرتب التزاماً تعاقدياً بالتفاوض بحسن نية ، ومن ثم تكون المسئولية عقدية، كما تتوفر المسئولية العقدية أيضا إذا تبين القاضي انعقاد العقد محل التفاوض نتيجة عدم الحيطة والحذر من جانب أطراف التفاوض عند صياغة عقد التفاوض [١].

الرأي القائل بالمسئولية التقصيرية :

يذهب الرأي الغالب في الفقه [٢] إلى أن المسئولية الناشئة بمناسبة قطع المفاوضات تعد مسئولية تقصيرية علي أساس أن العقد لم يبرم بعد ، ومن ثم تستبعد المسئولية العقدية ، ولا يبقى سوى المسئولية التقصيرية المؤسسة علي الخطأ التقصيري المقترن بالعدول . ويؤيد القضاء هذا الرأي [٣].

---

(١) راجع في ذلك : د، محمد حسام لطفي : ص ٨١ ، ص ٨٢ .

(٢) من هذا الرأي علي سبيل المثال في الفقه المصري : د/ السنهوري : ص ٢٦٣ ، د/ عبد الحي حجازي : ص ٤٧٦ ، وفي الفقه الفرنسي .

- Michel Le Galcher – Baron:: Op . Cit – N . 542 – P 160 .

(٣) أنظر مثلا :

- Cass civ : 20-3-1972 – J . C . P 1973 - 11 – 17543 , note Joanna Schmid

- نقض مدني مصري : ١٩٦٦/١/٢٧ - مجموعة المكتب الفني – س ١٧ – رقم ٢٤ – ص ١٨٢ ، ١٩٦٧/٢/٩ السابق ، وفي نفس المعني : نقض مدني : ١٩٩٧/٦/٢٣ السابق .

وعلي من يدعي أن ثمة ضرراً أصابه من جراء قطع المفاوضات أن يثبت الخطأ المقترن بالعدول ، والضرر الذي أصابه ، فإذا أثبت مثلاً أن من قطع المفاوضات لم يكن جاداً عند الدخول فيها ، أو كان جاداً ولكن لم يخطره بالعدول في الوقت المناسب ، وترتب علي ذلك أن فاتته صفقة رابحة ، كان له الحق في المطالبة بالتعويض (١) .

ونحن نميل إلي تأييد الرأي القائل بالمسئولية التقصيرية عن قطع المفاوضات ، لأنه يتمشى مع المبادئ القانونية الصحيحة ، حيث لا تكون هناك مسئولية عقدية إلا إذا وجد عقد ، والمسألة التي نحن بصددها لا يتوافر فيها ذلك ، بل هي مجرد مرحلة سابقة علي التعاقد ، اللهم إلا إذا أمكن قيام عقد قائم بذاته في مرحلة التفاوض وفي هذه الحالة تكون المسئولية عقدية .

ونكتفي بهذا القدر بخصوص المرحلة السابقة علي التعاقد ، ونحيل القارئ إلي بعض المراجع التي تناولت هذه المرحلة والمسئولية الناشئة عنها بالتفصيل (٢) ".

---

(١) د / السنهوري : ص ٢٦٣ . ص ٢٦٤ . وقد يتمثل الضرر فيما أنفقه الطرف الآخر من مصروفات أثناء التفاوض ، وما تكبده من نفقات في سبيل إبرام العقد ، وفضلا عن ذلك فإن الضرر الادبي يدخل في الاعتبار عند تقدير التعويض .

(٢) راجع علي سبيل المثال :

- د/ أمية حسن علوان : ملاحظات حول المسئولية التعاقدية عن قطع المفاوضات في العقود التجارية الدولية – تقرير مقدم إلي ندوة النظم التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية – معهد قانون الأعمال الدولي بكلية الحقوق – جامعة القاهرة – من ٢ : ٣ يناير ١٩٩٣ ، د/ محمد إبراهيم دسوقي : المرجع السابق ذكره ، والزميل الأستاذ الدكتور / محمد حسام لطفي : المسئولية المدنية في مرحلة التفاوض – مرجع سبق ذكره والزميل الأستاذ الدكتور / محمد عبد الظاهر حسين الجوانب القانونية للمرحلة السابقة علي التعاقد – مجلة الحقوق – الكويت – س ٢٢ - ع ٢ : يونيو ١٩٩٨ (عدد خاص) – ص ٧٢٧ وما بعدها ،

- Francois – Denis Poitrinal : La responsabilite en cas de rupture de negociation – Rev . Banque – 1993 – N : 534 – P . 49 . Joanna . Scmidt : La Sanction de la faute precontractuelle – R . T . D . Civ . 1974 – PP . 46 et S . Negociation et conclusion des contrats . Dalloz – Paris – 1982 .

المبحث الثاني

التعريف بالعقد

خلا القانون المدني المصري من نص يعرف العقد ، وذلك رغبة من المشرع في تجنب التعريفات بقدر الإمكان فيما لا ضرورة لتعريفه[١].

وعلي صعيد الفقه ، هناك فكرتان للعقد ، إحداهما ضيقة والأخرى واسعة ، فالعقد وفقا للمعني الضيق هو توافق إرادتين علي إنشاء التزام، وهذا المعني يجد أصله التاريخي في القانون الروماني ، إذ لم يكن العقد عند الرومان هو أي اتفاق ينصب علي علاقات قانونية ، بل كان يطلق فقط علي الاتفاق الذي ينشئ التزامات بين الطرفين ، ومن ثم كان يخرج من نطاق العقد التصرف الذي يقصد به إنشاء علاقات عائلية أو إنشاء حقوق عينية أو تعديل التزامات أو إنهاؤها [٢] .

وانطلاقا من هذا التعريف الضيق ، ذهب بعض الشراح في فرنسا إلي التفرقة بين الاتفاق والعقد ، فالاتفاق أعم من العقد ، إذ الأول بمثابة جنس والثاني نوع منه ، ويعرفون الاتفاق بأنه توافق إرادتين علي إنشاء التزام نقله أو تعديله أو إنهاءها ، أما العقد فهو توافق ارادتين علي

---

(١) كانت المادة / ١٢١ من المشروع التمهيدي تعرف العقد بأنه : " اتفاق ما بين شخصين أو أكثر علي إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها " . غير أن هذا النص قد تم حذفه من المشروع للسبب الوارد بالمتن ، راجع : الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – هامش ص ٩ .

(٢) د / عبد الحي حجازي : المرجع السابق – ص ٢٥١ .

إنشاء التزام أو علي نقله ، وبهذا يعتبر العقد طائفة خاصة من الاتفاق[١].
وعلي ذلك فإن كل عقد اتفاق وليس كل اتفاق عقد .

وقد تأثر التقنين المدني الفرنسي برأي شراح القانون الفرنسي القديم – خاصة بوتييه ودوما – حيث عرف العقد في المادة / ١١٠١ بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص في مواجهة شخص أو عدة أشخاص آخرين بعمل أو بالامتناع عنه ، فالعقد وفقا لهذا التعريف اتفاق ينشئ التزاماً ، فهو نوع والاتفاق جنس [٢] .

غير أن جمهور الفقه يري عدم جدوى التفرقة بين الاتفاق والعقد من الناحية العملية ، فضلا عن أنها تفرقة مصطنعة ، وبالتالي فإن مصطلح الاتفاق ومصطلح العقد مترادفين ، ويمكن استخدام أحدهما محل الآخر ، ومن ثم ليس لكل منهما معني قانوني مستقل [٣] .

---

(١) راجع علي سبيل المثال :
- Boris Starck : Droit civil – Obligations – 2. Contrat – 3e ed – par : Henri Roland et Lau rent Boyer – litec – Paris – 1989 – P. 3.

(٢) د. السنهوري : المرجع السابق – ص ١٧٢ .

(3) Michel Le Galcher – Baron : Les obligations 4e ed – par partrice Level – Paris – 1982 – N. 42 – P.18,

(٣) د/ عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق - ص ١٧٢ .
- ومن وجهة نظر أنصار التفرقة يبن العقد والاتفاق تبدو أهمية تلك التفرقة بالنسبة لمسألة الأهلية ، إذ هي تختلف في العقد عنها في الاتفاق ، إلا أن هذا الرأي أصبح مهجورا الان ، لأن الأهلية في العقد تختلف باختلاف العقود ، فالأهلية اللازمة للبيع غير الأهلية اللازمة للايجار ، ورغم ذلك لا يمكن التفرقة بين مختلف العقود لهذا السبب ، فالبيع والإيجار كلاهما عقد ، أنظر : د/ السنهوري : ص ١٧٢ . د/ أنور سلطان : ص ١١ .

وبناءاً عليه ، يعرف العقد وفقا للمعني الواسع بأنه " توافق إرادتين أو أكثر علي إحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه " [١] .

أو هو " تطابق إرادتين أو اكثر علي إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله " [٢] . ويتضح من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري أن المشرع المصري يأخذ بهذا المعني الواسع للعقد [٣] . وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني [٤] .

ويتضح من هذا التعريف الواسع أنه لكي نكون بصدد عقد لابد من توافر عدة أمور هي :

١ – اجتماع إرادتين أو أكثر : يلزم اتفاق إرادتين أو أكثر علي ترتيب أثر قانوني ، فالعقد لا يتم إلا بإرادتين – أو أكثر – ومن ثم فإن الإرادة المنفردة لا يمكن أن تشكل عقداً ، وإنما يطلق عليها الالتزام

---

(١) د/ السنهوري : ص ١٧٣ ، د / إبراهيم الدسوقي : ص ٤٨ ، وفي هذا المعني :
- **Michel Le Galcher – Baron et partrice Level: op. cit - P.18,**
(٢) د/ محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق – ص ٢٧ .
(٣) حيث كانت المادة / ١٢٢ من هذا المشروع تنص علي أن : " العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر علي إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها " غير أن هذا النص قد حذف في المشروع النهائي لتجنب الإكثار من التعريفات الفقهية ، أنظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – هامش ص ٩ ، وهامش ص ١١ .
- ويعرف العقد في القانون الكويتي علي أنه " ارتباط الإيجاب بالقبول علي إحداث أثر يرتبه القانون " (راجع المادة / ٣١ من القانون المدني الكويتي) .
(٤) نقض مدني : ١٩٧٩/٣/١٤ – مجموعة أحكام النقض – س ٣٠ – رقم ١٤٤ – ص ٧٨٦ .

بالإرادة المنفردة ، وبالتالي يجب توافر إرادتين (إيجاب وقبول) لوجود العقد .

٢ – ضرورة اتجاه الإرادة إلي إحداث أثر قانوني : يجب لتوافر العقد أن تتجه إرادة كل طرف إلي إحداث أثر قانوني ، وإلا لا يكون هناك عقد بمعني الكلمة [1] . فالإرادة الهازلة وغير الباتة لا يترتب عليها أثر قانوني ٠

ويتضح اتجاه الإرادة إلي إحداث أثر قانوني من الظروف والملابسات ، فما يتم في نطاق المجاملات الاجتماعية كدعوة صديق لصديقه علي تناول العشاء ، لا يشكل عقداً ، إذ لا يقصد الطرفان من ذلك إنشاء التزاماً قانونياً فيما بينهما ، فإذا تخلف المدعو أو عدل الداعي لا تترتب مسئولية في جانب أيهما . ولكن قد يتبين من الظروف أن تقديم الطعام يشكل التزاماً قانونياً ،فإذا اتفقت شركة مع عامل لديها علي أن تقدم له المأكل أثناء عمله في جهة نائية ، أو تعهد صاحب فندق أن يقدم الطعام للنزيل ، فهذا التعهد يرتب أثراً قانونياً ملزماً للمتعهد [2] .

---

(١) د/ السنهوري : المرجع السابق ص ١٧٣ ، د/ حسام الدين كامل الأهواني : المرجع السابق ص ٢٠ .

(٢) د/ السنهوري : ص ١٧٣ . وتطبيقا لما ذكر استقر قضاء النقض علي أن الضيف لا يعد مستأجرا للعين أو مشاركا للمستأجر الذي أبرم عقد الإيجار باسمه ، وليس للضيف ثمة حق قانوني في الانتفاع بالعين المؤجرة يجابه به المستأجر حتى ينفرد بهذا الانتفاع دونه ، ذلك أن إقامته هي علي سبيل التسامح من جانب المضيف إن شاء أبقي عليها وإن شاء أنهاها بغير التزام عليه قبل الضيف او قيد علي أرادته في هذا الخصوص ، انظر : نقض مدني : ٢٧/٦/ ١٩٩٠ ، ٩/١١/١٩٨٨- مشار إليه لدى أستاذنا الدكتور الأهواني : هامش ١ – ص ٢٣ .

كما أن الاتفاقات التي تقوم بين أعضاء الأسرة لا تنشأ عنها التزامات قانونية بحسب الأصل ، لأن أعضاء الأسرة لم يقصدوا ذلك ، ومن أمثلة ذلك اتفاق الولد مع أبيه علي أن يعمل الابن في صناعة الأب[١]. ولكن قد يظهر من الظروف أن الطرفين قد قصدا ترتيب اثر قانوني علي الاتفاق ، فقد يعمل الولد أجيراً لدى أبيه [٢] .

٣- يجب أن يكون الأثر القانوني الذي تتجه الإرادة إلي إحداثه ذا طابع مالي : أي أن يكون قابلاً للتقويم بالنقود ، وإلا خرجنا من دائرة الالتزام التي تقتصر علي المعاملات المالية ، ومن أمثلة ذلك العقود المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج ، فرغم أنه اتفاق بين زوجين ، إلا أنه يخرج من دائرة المعاملات المالية [٣] .

٤- يجب أن يكون الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص : يحدد الفقه المصري منطقة مجال العقد بنطاق القانون الخاص ، ومن ثم يخرج عن نطاق العقد بالمعني الفني المعاهدات أو الاتفاقات بين الدول والتي تخضع لأحكام القانون الدولي العام ، وكذلك الاتفاق بين النائب وناخبيه والاتفاق بين الجهة الإدارية والموظف علي توليه الوظيفة العامة، حيث تخضع هذه الاتفاقات – ومثلها – لأحكام القانون الدستوري أو الإداري. [٤]

---

(١) د/ السنهوري : ص ١٧٣ .
(٢) د/ السنهوري : ص ١٧٤ .
(٣) د/ ابراهيم أبو الليل : ص ٤٨.
(٤) د/ السنهوري : ص ١٧٤ .

بيد أن ذلك لا يجب أن يفهم منه أن الاتفاقات المذكورة بعيدة كل البعد عن أحكام العقد ، بل كل ما يفيد هذا التحديد أن النظام القانوني للعقد كما ورد في القانون المدني ، لا ينطبق حتماً علي تلك المعاهدات أو علي العقود الإدارية [١] . والدليل علي ذلك أن أحكام العقد المدني تطبق علي العقود الإدارية فيما لم يرد بشأنه نص ، وبما لا يتعارض مع طبيعة تلك العقود [٢] .

تعريف العقد في الفقه الإسلامي :

يعني العقد لغة الربط الحسي بين أطراف الشيء يقال : عقدت الحبل فانعقد ، وقد استعمله العرب في الربط المعنوي للكلام مجازاً سواء أكان هذا الربط توثيقاً لكلام صادر من طرف واحد كأن يقال : عقد اليمين ، أم كان الربط حاصلاً بين كُلامين لطرفين أي شخصين كما في البيع والإجارة [٣]" .

(١) د/ محمود جمال الدين زكي : ص ٢٩ ..

(٢) وقد ذكرنا من قبل أن النظرية العامة في الالتزامات تعد الشريعة العامة لجميع العقود والالتزامات ، طالما لا تتعارض مع طبيعتها الخاصة .

(٣) انظر في ذلك أستاذنا الدكتور : عبد الحميد ميهوب : نظرية التعاقد في الشريعة الإسلامية – دراسة فقهية مقارنة بالقانون الوضعي – دار النهضة العربية – القاهرة ٢٠٠٠ – ص ١٨، ١٩ .

- وهناك عدة معان للعقد من الناحية اللغوية منها الربط والشد والتوثيق والإحكام والجمع بين شيئين ، ومنها عقد العزم وعقد طرفي الحبل ، راجع : د/ محمد أحمد سراج : نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي – دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية – ١٩٩٨ – ص ١٢.

وللعقد في الاصطلاح الشرعي معنيان أحدهما عام والأخر خاص :

١ - فالعقد بالمعني العام ويقترب فيه معني العقد من المعني اللغوي ويكاد يفيد معني الالتزام ، يعني " ما يعقده العاقد علي أمر يفعله هو أو يعقد علي غيره فعله علي وجه إلزامه إياه " فالبيع يسمى عقدا لأن كل واحد من الطرفين ألزم نفسه الوفاء به ، ويسمى اليمين عقدا لأن الحالف يلزم نفسه الوفاء بالفعل إذا كانت اليمين علي حدوث فعل ، أو بالترك إذا كانت اليمين علي ترك فعل (١) .

كما يعرف العقد أيضا لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وفقا للمعني العام بأنه " ما يعزم المرء علي إيقاعه بإرادته أو بالاتفاق عليه مع غيره " (٢) .

يتبين من ذلك أن العقد يشمل كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي(٣) ، سواء أكان صادراً من طرف واحد – أي بإرادة منفردة – كالنذر والطلاق، أم كان صادراً من طرفين متقابلين كالبيع والإجارة .

---

(١) وهو تعريف الجصاص ، راجع : د/ عبد الحميد ميهوب : المرجع السابق ص ٢٠ .
(٣) د/ محمد سراج : المرجع السابق – ص ١٣ .
(٣) نفس الإشارة .

وواضح أن العقد بمعناه العام يتسع ليشمل العقد بمعناه القانوني ، والتصرف القانوني بالإرادة المنفردة .

٢ – أما العقد بالمعني الخاص فهو يعني لدى فقهاء الشريعة الإسلامية " ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر علي وجه يثبت أثره في المعقود عليه " [١] ، أو هو " ما يتم به الارتباط بين إرادتين من كلام وغيره ويترتب عليه التزام بين طرفيه " [٢] .

وقد ورد تعريف العقد في المادة / ١٠٣ من مجلة الأحكام العدلية ، حيث يعرف علي أنه " التزام المتعاقدين أمرا وتعهدهما به ، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول " ، وجاء في المادة / ١٠٤ أيضا من المجلة أن : " الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر علي وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما " [٣] .

ويتبين من ذلك أن المعني الخاص للعقد يتشابه مع التعريف القانوني له ، حيث يقتصر معني العقد علي التصرف الذي يتم بتلاقي إرادتين ، وبهذا المعني الثاني يأخذ الفقه الإسلامي الحديث [٤] .

---

(١) وهو تعريف صاحب مرشد الحيران في المادة / ٢٦٢ .
(٢) د/ عبد الحميد ميهوب : ص ١٩ .
(٣) ذكره د/ محمد سراج : ص ١٣ .
(٤) د محمد أحمد سراج : ص ١٣ ، د/ إبراهيم الدسوقي : هامش ١ – ص ٤٨ . عكس ذلك : د / عبد الحميد ميهوب : ص ٢١ وما بعدها حيث يرجح سيادته التعريف العام للعقد، ويعرف العقد الذي ينشأ عن إرادة منفردة بأنه : " ما يوجبه الشخص علي نفسه بإرادته واختياره ، أو بإيجاب الشرع له " . ومن وجه نظر سيادته أن الأصل في التصرفات في الفقه الإسلامي الإرادة المنفردة وليس العقد الذي يتم بالإيجاب والقبول .

إلا أن ثمة فوارق تبقى قائمة بين التعريف الفقهي الحديث للعقد في الشريعة الإسلامية والتعريف القانوني له ، وأهمهما ما يلي :

أ- أن التعريف الشرعي الحديث للعقد ينم عن النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الإسلامي ، فالعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول لا من حيث أنه ينشئ التزامات شخصية في جانب المتعاقدين وفقا للنزعة الشخصية التي تسود الشرائع اللاتينية ، بل من حيث أنه يثبت أثره في المعقود عليه ، أي يغير المحل من حالة إلي حالة أخرى [١] ".

ب- أن العقد في الفقه الإسلامي يتسع ليشمل دائرة الأحوال الشخصية كالزواج بجانب دائرة المعاملات المالية ، بعكس الحال في الفقه القانوني الحديث،حيث يقتصر مجال العقد علي دائرة المعاملات المالية[٢].

---

(١) د/ محمد أحمد سراج الدين : ص ١٤ ، د/ ميهوب : ص ٢٠ ، حيث يذكر ان النزعة الموضوعية التي سادت الفقه الإسلامي جعلته يأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة.
(٢) د/ محي الدين علم الدين : ص ٧٣.

المبحث الثالث

أساس القوة الملزمة للعقد (مبدأ سلطان الإرادة)

أثير الحديث عن الأساس الذي يستمد منه العقد قوته الملزمة ، أي الأساس الذي يجعل من العقد مصدراً للالتزام ، أو بالأحرى مصدرا لترتيب التزامات في ذمة المتعاقدين .

وفي هذا الصدد لعبت المذاهب الفلسفية والاجتماعية دوراً كبيـــرا ، حيث ظهر مبدأ سلطان الإرادة " Le Principe de l'autonomie de la volonte" وتأكد انتشاره في رحاب المذهب الفردي الحر ، ولكـــن سرعان ما تقهقر هذا المبدأ بعد ظهور المذهب الاشتراكي . إلا أنه عـــاد للظهور مرة أخرى في صورة معتدلة في العصر الحالي [١] .

وسنوضح المقصود بالمبدأ ونتائجه، والمراحل التي مر بها، والدور الحقيقي للإرادة في مجال التصرف القانوني بصفة عامة ، وفـــي مجـــال العقد بصفة خاصة ، وذلك فيما يلي :

---

(١) للمزيد من التفصيل حول مبدأ سلطان الإرادة وتطوره ودوره في التصرف القانوني بصفة عامة راجع :

- Rauouil (V) : L'autonomie de la volonte , naissance et evolution d'un Concept – Preface J. ph. Levy – P.U.F – Paris – 1980 .

أولا : المقصود بمبدأ سلطان الإرادة ونتائجه

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة أو ما يسمي بمبدأ الحرية التعاقدية "Le Principe de La Liberte Contractuelle" أن الإرادة قادرة علي إنشاء التصرف القانوني،وهي أيضا التي تحدد الآثار المترتبة علي[١]. فهو مبدأ ذو شقين أحدهما يتعلق بإبرام أو تكوين العقد ، والثاني يتعلق بآثار العقد (أو التصرف القانوني بصفة عامة) ، فإرادة كل إنسان حرة في التعاقد أو عدم التعاقد ، وإذا تعاقدت فهي حرة في تحديد مضمون العقد وشروطه وفقا لما تراه محققاً لمصلحتها ، والإرادة تكفي لإنشاء العقد بمجرد التعبير عنها بأية صورة من الصور ، كما أن الإرادة صاحبة السلطان في تحديد آثار العقد فتستطيع أن تنشئ عقداً لا ينظمه القانون ، وأن تتجه إلي ما يخالف أحكام العقود التي نظمها ، ولها أن تجعل من العقد الرضائي عقداً شكلياً [٢] . فالإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد ، وكل ما تقرره عادل ومشروع وبالتالي يجب احترامه والتقيد به ، ويقتصر دور القانون علي ضمان احترام وتنفيذ ما اتجهت إليه الإرادة عن طريق فرض الجزاء الذي يكفل تحقيق ذلك عند الضرورة[٣] .

---

(١) د / الصدة : المرجع السابق – ص ٤٤ .
(٢) نفس الإشارة
(٣) د/ إبراهيم أبو الليل : المرجع السابق – ص ٥٠.

وقد تبني المشرع الفرنسي مبدأ سلطان الإرادة وذلك بأن نص في المادة / ١١٣٤ من القانون المدني علي أن " الاتفاقات التي تعقد علي وجه مشروع تقوم مقام القانون بالنسبة إلي عاقديها ". وبالمثل فقد نصت المادة ١٤٧ / من القانون المدني المصري علي أن " العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون " .

نتائج الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة [(١)] :

١ – أن للأفراد الحرية في إبرام العقد أو عدم إبرامه ،فلا يوجد ما يجبر الفرد علي التعاقد ، كما لا يوجد ما يجبره علي عدم التعاقد .

هناك عدة نتائج تترتب علي مبدأ سلطان الإرادة ، بعضها يتعلق بلحظة تكوين (إبرام) العقد ، والبعض الآخر يظهر أثناء تنفيذ العقد :

ففي لحظة إبرام العقد : يترتب علي المبدأ النتائج التالية :

١ – أن للأفراد حرية تحديد نوع ومضمون العقد، فلا يتقيدون في ذلك بأحكام العقود التي نظمها المشرع ، أو بنوعها ، إذ يستطيعون إنشاء أنواع جديدة من العقود لا ينظمها القانون (عقود غير مسماة) طالما كان ذلك لا يخالف النظام العام وحسن الآداب .

---

(١) في هذه النتائج تفصيلاً : راجع

- Baron et level : op . Cit – N. 47 : N. 49 – PP 20 et S.

د/ إبراهيم أبو الليل : المرجع السابق – ص ٥٠ ،ص٥١.

٣- أن الإرادة لا تتقيد عند اتجاهها إلي التعاقد بشكلية أو إجراءات معينة ، فمجرد التراضي يكفي لإنشاء العقد دون حاجة إلي إتباع إجراءات شكلية معينة ، وهو ما يعرف باسم " مبدأ الرضائية "

أما فيما يخص تنفيذ العقد : يترتب علي المبدأ ما يلي :

١- العقد شريعة المتعاقدين ، فهو يقوم مقام القانون بالنسبة إلي أطرافه فكل ما تتجه إليه الإرادة ويتم الاتفاق عليه يكون ملزما لطرفيه ، ولا يمكن تعديله أو التحلل منه إلا بالإرادة المشتركة للمتعاقدين ، ومن ثم لا يملك المشرع ولا القاضي تعديل ما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، وقد تبني المشرعان الفرنسي والمصري هذه النتيجة كما سبقت الإشارة (١) .

٢- أن التعديلات التشريعية لا أثر لها بالنسبة للعقود السارية ، إذ لا يستطيع القانون الجديد أن يعدل في الالتزامات التعاقدية السارية ، وإنما تظل محكومة بما قرره القانون القديم الذي أبرمت في ظله(٢).

---

(١) أنظر المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي ، والمادة / ١٤٧ من القانون المدني المصري .

(٢) والواقع أن هذه النتيجة يمكن تفسيرها أيضا في ضوء مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد ومبدأ عدم الرجعية .

٣- أن آثار العقد لا تسرى إلا بالنسبة للمتعاقدين ، وهو ما يعرف بمبدأ " نسبية آثار العقد " حيث لا يلزم الغير بما ورد في العقد ، وقد عبر المشرع الفرنسي عن هذا المبدأ في المادة / ١١٦٥ من القانون المدني ، وكذلك فعل المشرع المصري في المادة / ١٤٥ من القانون المدني [١] .

٤- إذا كانت هناك صعوبة في تفسير العقد ، فإن علي القاضي ألا يستند إلي المعني الحرفي لعبارات العقد ، أو الذي يستفاد بالطبع من هذه العبارات ،ولكن يجب عليه أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين [٢]° .

ثانيا : المراحل التي مر بها مبدأ سلطان الإرادة :

لقد مر مبدأ سلطان الإرادة بمراحل مختلفة كان يعتبر في كل منها صدى للتيار الاجتماعي والسياسي والاقتصادي السائد .

وهذه المراحل هي :

١- مرحلة النشأة : من المسلم به أن القانون الروماني لم يقر مبدأ سلطان الإرادة كاملاً في أي عصر من عصوره ، وذلك بسبب الشكلية التي كانت تسود في هذا القانون ، إذ كانت العقود لا تتم إلا عن طريق صيغ وأوضاع شكلية معينة ، فلم يكن مجرد توافق الإرادتين كافياً

---

(١) وفقا للمادة / ١١٦٥ من القانون المدني الفرنسي فإن الاتفاقات لا تسري (لا تلزم) إلا فيما بين المتعاقدين ، فهي لا تلزم الغير ، ولا تفيده إلا في الحالات المذكورة في المادة / ١١٢١ . وتنص المادة / ١٤٥ من القانون المدني المصري علي أن : " ينصرف أثر العقد إلي المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل ، أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلي الخلف العام" .

(٢) أنظر المادة / ١١٥٦ مدني فرنسي ، والمادة ١٥٠ / ٢ مدني مصري ٠

لإنشاء العقد ، بل كانت الغلبة للشكل ، حيث أن سبب التزام المتعاقد هو استيفاء الشكل المرسوم ، ويكون التزامه صحيحاً حتى لو كان السبب الحقيقي الذي التزم من أجله لم يوجد أو لم يتحقق أو كان غير مشروع أو كان مخالفا للنظام العام (١) . بل حتى لو كانت الإرادة معيبة (٢) .

بيد أن تطور الحضارة الرومانية ، وتعقد سبل الحياة ، وتعدد المعاملات ووجوب السرعة فيها وانفتاح روما علي العالم الخارجي والدور الخلاق الذي قام به الحاكم القضائي ، ومجهودات الفقه ، كل ذلك أدي إلي الاعتراف بكفاية الإرادة لإنشاء عقود رضائية أربعة هي :_ البيع والإيجار والشركة والوكالة ، ثم أضيف إليها فيما بعد الاتفاقات البريتورية والاتفاقات الشرعية ، إلا أن ذلك لم يصل إلي حد الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة كاملاً ، إذ ظل العقد الشكلي هو القاعدة (٣) .

وبدأ ظهور مبدأ سلطان الإرادة كاملاً في العصور الوسطي (٤) ؛ حيث بدأت الإرادة تستقل بتكوين العقد وقوى أثرها في هذا الصدد شيئاً فشيئا ، وساعد علي ذلك عدة عوامل أهمها تأثير المبادئ الدينية

---

(١) د/السنهوري : المرجع السابق – ص ١٧٧ ويذكر البعض (د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٤٩) أن مبدأ سلطان الإرادة يجد أصوله التاريخية لدى الفقيه جروتيوس **Griotues** الذي عاش في الفترة من ١٥٨٣ إلى ١٦٤٥م.

(٢) د/ الصدة : ص ٤٥.

(٣) نفس الإشارة

(٤) إذ تم تأصيل هذا المبدأ علي يد الفقيه " كانت " الذي عاش في القرن السابع عشر ثم تابعيه لاسيما الفقيه "روسو" صاحب نظرية العقد الاجتماعي، انظر : د/ إبراهيم أبو الليل: ص٥٠.

والقانون الكنسي ، وإحياء القانون الروماني والتأثر به ، والتطـور السياسي والاقتصادي [١]° .

٢ – مرحلة الازدهار : ازدهر مبدأ سـلطان الإرادة خـلال القـرن التاسع عشر تحت تأثير المذهب الفردي الحر الذي ينادي بتقديس الحرية الفردية ، ومن ثم فإن إرادة الفرد هي أساس التزامه العقدي وليس إرادة المشرع ، فلا يفعل الأخير سوى المحافظة علي حرية الفرد وإرادتـه [٢] ، كما كان لانتشار المذهب الرأسمالي في الاقتصاد أثره في ازدهـار مبـدأ الحرية التعاقدية ، حيث أدت الأفكار الاقتصادية التـي تنـادي بالحريـة الاقتصادية وفتح أبواب المنافسة والخضوع لقانون العرض والطلب إلـي انتشار مبدأ سلطان الإرادة وازدهاره [٣] .

وقد تشيع لهذا المبدأ فريق من الفقه بلغ حد التطرف في الانتصـار له ، حيث ذهبوا إلي رد كل أحكام القانون إلي الإرادة فهي مصـدر لكـل الالتزامات والنظم القانونية [٤]° .

(١) حول هذه العوامل بالتفصيل وأثرها علي المبدأ راجع : د/ السنهوري : ص ١٧٠، ص ١٧٥.

(٢) د/ محمد حسام لطفي : المرجع السابق – ص ١٩ .

(٣) د/ السنهوري : ص ١٧٩ ، ص ١٨٠.

(٤) د / الصدة : ص ٤٦ ، د/ السنهوري : ص ١٨٠ وما بعدها .

٣- مرحلة الانتكاص : في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ظهرت عدة عوامل أدت إلي إنتكاص مبدأ سلطان افرادة ، حيث ظهر المذهب الاجتماعي الذي ينادي بحماية مصلحة المجتمع وتغليبها علي مصلحة الفرد ، ومن ثم فإن للمشرع أن يقيد إرادة الفرد في سبيل تحقيق مصلحة المجتمع ، كما ظهر المذهب الاشتراكي في المجال الاقتصادي وأدي ذلك أيضا إلي وجوب تقييد الحرية الاقتصادية للفرد كما صورها أنصار المذهب الرأسمالي [١] .

<u>ثالثا : نقد المبدأ :</u>

تعرض مبدأ سلطان الإرادة لعدة انتقادات أهمها ما يلي [٢] :

١- أنه ليس صحيحاً أن قوة العقد الملزمة تستمد من الإرادة وحدها ، وإنما يكون للإرادة - في نظر أنصار المذهب الاجتماعي - دوراً ضئيلا في تكوين العقد ، إذ هي لا تنشئ العقد ، وإنما يقتصر دورها علي إعمال النظام الذي أنشأه المشرع لهذا الغرض ، مراعاة للاعتبارات الاجتماعية وتحقيقاً لاستقرار المعاملات .

---

(١) حول أثر هذه العوامل علي المبدأ بالتفصيل راجع : د/ السنهوري : ص ١٨٢ ، د/ الصدة : ص ٤٦ ، ص ٤٧ .

(٢) في هذه الانتقادات تفصيلا راجع : د/ عبد الحي حجازي : ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ . د/ الصدة : ص ٤٧ ، د/ السنهوري .

٢- أن هناك التزامات قانونية تنشأ بوسائل أخري غير العقد ، فمثلاً هناك التزامات يفرضها القانون علي من وقع الضرر بفعله ، ولا يجوز في هذه الحالة أن يقال أن الملتزم قد أراد أن يلتزم .

٣- أنه ليس صحيحاً أن كل التزام تعاقدي هو التزام عادل ومشروع، لأن هذا القول يستند إلي فكرة نظرية مفادها المساواة المطلقة بين الأفراد ، وهي فكرة لا تتحقق في الواقع العملي ، بل أن الحرية التعاقدية قد تؤدي إلي مظالم كثيرة ، إذ قد تجعل الضعفاء تحت رحمة الأقوياء.

٤- أنه ليس صحيحاً أن القانون في خدمة الإرادة ، بل علي العكس فإن الإرادة في خدمة القانون ، وذلك لأن العقد نظام يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي ، وليس الخضوع لسلطان الإرادة .

رابعا : حقيقة دور الإرادة في العقد :

تبين لنا من خلال العرض السابق أن أنصار مبدأ سلطان الإرادة قد بالغوا في تصويره ، إذ جعلوه مبدأ مطلقاً يسود كافة مناحي القانون وكرد فعل لهذه المبالغة ، بالغ معارضو المبدأ أيضا في نقده ونبذه ، وبين هذين الاتجاهين وجد المعتدلون مجالاً لوضع الأمور في نصابها الصحيح .

فالحقيقة أن الإرادة الفردية لا سلطان لها في مجال القانون العام،إذ تقوم قواعده علي اعتبارات تتعلق بالصالح العام وحده [1] .

(١) د/ الصدة : ص ٤٨.

أما في مجال القانـــون الخاص ، فإن الإرادة وإن كانت مصـــــدراً للالتزام إلا أن هناك عدة قيود ترد عليها بحيث لا تكون مطلقة ، فالعقـــد (أو التصرف القانوني بصفة عامة)هو ثمرة تعاون القانون مع الإرادة الفردية ، ولكنه تعـــاون يكون للقانـــون فيه دور هـــام ورئيســــــي [١] *

<u>القيود الواردة علي مبدأ سلطان الإرادة (أو مبدأ الحرية التعاقدية):</u>

هناك بعض القيود التي ترد علي مبدأ ســـلطان الإرادة – أو مبـــدأ الحرية التعاقدية–وذلك تحقيقا للمصلحة العامة،وأهم هذه القيود ما يلي :

١– اشتراط المشرع الشكلية في بعض العقود : يؤدي الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة إلي كفاية الإرادة لإنشاء العقد – أو التصرف القانونـــي – وهـــو ما يعبر عنه بمبدأ الرضائية ، إلا أن المشـــرع ولاعتبـــارات خاصــــــة ، يشترط أن تكون بعض العقود شكلية ، ومن ثم لا يكفي التراضي لإنشـــاء العقد ، بل يجب أن يصب التراضي في شكل معين هو الكتابة رسمية كانت أو عرفيه ، ومن أمثلة ذلك اشتراط أن يكون عقد الرهن الرسمي مكتوبـــاً في ورقة رسمية و اشتراط أن يكون عقد الجمعية مكتوبا حتى لو كانـــت

---

(١) د/ عبد الحي حجازي : ص ٢٦٧ .

الكتابة عرفية [١] . ويترتب علي تخلف الشكلية التي اشترطها المشرع بطلان العقد أو التصرف القانوني بصفة عامة .

٢- اشتراط المشرع الحصول علي إذن بالتعاقد في بعض الحالات :

كـن تعلق التشريعات الحديثة إبرام عقود شركات المساهمة علي إذن من الدولة ، وفي رأي البعض ، فإن الدولة تدخل كطرف ثالث في العقد في هذه الحالة ، وتكون إرادتها ضرورية كإرادة الأفراد ، ومن ثم يتحول العقد إلى عقد عام بقدر ما يفقد من طابعه الخاص ، ويسمى بالعقد المأذون به Contrat autorise [٢] .

والحقيقة – في رأينا – أن العقد يظل خاصاً في الحالة المذكورة ، كل ما هنالك هو أن إرادة الدولة لازمة للاعتراف بالشخصية المعنوية التي تنشأ عن العقد .

٣- ضرورة مراعاة النظام العام : يرد على مبدأ سلطان الإرادة قيداً هاماً يتمثل في النظام العام بمعناه الشامل سواء في ذلك النظام العام الخلقي ، والنظام العام المدني ، والنظام العام الاقتصادي ، والنظام العام السياسي ، والديني [٣] . فإذا تم التعاقد خلافاً للنظام العام السائد ، كان

(١) د/ الصدة : ص ٤٩ .
(٢) د/ عبد الحي حجازي : ص ٢٧٠ .
(٣) في تفصيلات ذلك راجع :
- Michel Le Galcher – Baron et Partrice level : Op . Cit –PP 22 : 25 .

باطلاً بطلاناً مطلقاً ، لمخالفته لقاعدة آمرة . وفكرة النظام العام فكرة مرنة ونسبية تختلف باختلاف المكان والزمان والقيم السائدة في كل مجتمع .

٤- ضرورة مراعاة حسن الآداب : وهو قيد آخر يرد على مبدأ الحرية التعاقدية ويلحق بقيد النظام العام ، ويعني أن يكون التعاقد متفقاً مع حسن الآداب العامة ، فيقع باطلاً بطلاناً مطلقاً العقد الذي يكون الهدف منه إنشاء علاقة غير مشروعة أو الاستمرار فيها خارج نطاق عقد الزواج [١]. وفكرة الآداب العامة هي الأخرى فكرة تتصف بالمرونة والنسبية وتختلف باختلاف المكان والزمان والعادات والقيم السائدة في المجتمع .

وقد نص المشرع المصري علي بطلان الالتزامات المخالفة للنظام العام أو الآداب ، حيث نصت المادة / ١٣٥ من القانون المدني على أنه : " إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " أما المادة / ١٣٦ فقد نصت علي أنه " إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً "

---

(١) انظر في أمثلة أخرى لدى Baron et level : Op . Cit –PP 25 : 26 .
- وتحرص الشريعة الإسلامية الغراء علي مشروعية العقدوفي هذا الصدد حيث يجوز للمتعاقدين أن يتفقا علي ما شاءا من الشروط إلا ما كان منها مخالفا للنصوص القطعية الثبوت والدلالة في القرآن السنة ، وبالتالي كانت القاعدة التالية : " المسلمون عند شروطهم ، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً " .

٥- جعل التعاقد إلزاميا في بعض الحالات : ثمة قيد هام يرد علـــي مبدأ الحرية التعاقدية مقتضاه أن يتدخل المشرع – مـــدفوعا باعتبـــارات المصلحة العامة – ويجُعل التعاقد إلزامياً ، ومثال ذلك اشـــتراط التـــأمين الإجباري عن حوادث السيارات (١)" .

٦- تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد : الأصل أن للمتعاقدين حرية تحديد مضمون العقد أو الالتزامات الناشئة عنه ، إلا أن المشرع قد يتدخل بنصوص آمرة ويحدد مضمون الالتزامات الناشئة عن العقد . وذلك مراعاة للصالح العام وحماية للجانب الضعيف في العقد .

ويكون تدخل المشرع إما مباشرة أو عن طريـــق تخويـــل القضـــاء سلطة التدخل لإعادة التوازن للعلاقة العقدية ، ونجد أمثلة لذلك في الأحكام الخاصة بعيوب الإرادة ، ونظرية الظـــروف الطارئـــة وعقـــود الإذعـــان والشرط الجزائي ، والتشريعات الخاصة بعقد العمل وعقـــد الإيجـــار (٢)، وتخويل القاضي سلطة استكمـــال شروط العقد التـــي لـــم يتفـــق عليهـــا الطرفان (٣) .

---

(١) إبراهيم أبو الليل : ص ٥٣ .
(٢) كان المشرع المصري يقيد حرية التعاقد في مجال إيجار الأماكن والأراضي الزراعية وذلك لظروف معينة ، إلا أنه بصدور القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ الخاص بالأراضي الزراعية تحررت العلاقة الايجارية من القيود التي كان تثقلها ، راجع مؤلفنا : الوسيط في القانون الزراعي المصري – دار النهضة العربية – بني سويف – ١٩٩٣ . كما تحررت العلاقة الايجارية في مجال الأماكن السكنية بموجب القانون رقم [illegible] ١٩٩٦ ، راجع مؤلفنا : إخلاء العين المؤجرة لعدم سداد الأجرة وتكرار التأخر في سدادها – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٧ ./١٩٩٨ .
(٣) راجع في ذلك رسالة الدكتور / مجدي صبحي خليل حول التحولات الاقتصادية والعقود – باريس – ١٩٦٧ ، ذكره : د/ إبراهيم أبو الليل : هامش ٢ – ص ٥٢ .

ومن تطبيقات ذلك أيضا فكرة العقد الموجه ، والتي بمقتضاها يفرض المشرع شروطاً معينة للتعاقد [١] ، وكذلك فكرة العقد النموذج Contrat Type والتي برزت في الحياة العملية نتيجة نفوذ جماعات من أصحاب المصالح المشتركة كنقابات العمال ، حيث أدي ذلك لظهور عقد العمل الجماعي الذي يبرم بين نقابات العمال وأرباب الأعمال ويسرى علي جميع أشخاص المهنة حتى الذين لم يشتركوا في إبرامه أو ليسوا أعضاء في النقابة [٢] .

وهناك قيود أخري ترد علي مبدأ سلطان الإرادة ، لا يتسع المقام لذكرها [٣] .

وهكذا لم يعد مبدأ سلطان الإرادة مطلقاً ، بل أصبح مقيداً بقيود تشريعية وقضائية ، وإن ظل مهيمناً في دائرة الأحوال الشخصية ، حيث يكفي التراضي لإبرام العقد باستثناء حالات يستلزم المشرع فيها الشكلية ، ويكون العقد شريعة المتعاقدين وذلك في حدود القيود التشريعية .

---

(١) د/ الصدة : ص ٤٩ .
- وحول تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد ، راجع تفصيلا : د / عبد الحي حجازي: ص ٢٧٣ وما بعدها .

(٢) د/ الصدة : ص [illegible] ؛ حيث يذكر سيادته أن لهذه الفكرة تطبيقات تشريعية منها : الصلح الواقي من الإفلاس ، وأحكام إدارة المال الشائع ، وملكية الطبقات ، وملكية الأسرة ، حيث يؤخذ برأي الأغلبية وتهدر إدارة الأقلية .

(٣) راجع في هذه القيود بالتفصيل : د / عبد الحي حجازي : ص ٢٧٠ وما بعدها .

والواقع الحالي إنما يدل علي أن مبـــدأ ســلطان الإرادة قــد عـــاد للازدهار في السنوات الأخيرة ، ويشهد بذلك توقيع اتفاقيات إنشاء منظمة التجارة العالمية (الجات) بين الدول في ظل مبـــدأ المنافســـة الحـــرة ، وكذلك لجوء بعض التشريعات ومنها التشريع المصري إلي الانتقال مـــن القطاع العام إلي القطـــاع الخاص وهو ما يعرف باسم "الخصخصة "(١) .

إلا ان ذلك لا يعني تخلي الدولة عن ممارسة دورها فـــي الرقابـــة والتوجيه حماية للنظام العام الاجتماعي (٢) .

المبحث الرابع

القانون الواجب التطبيق علي العقد

طالما سلمنا بأن العقد لا يخضع فقط لإرادة عاقديه ، وإنما أيضا لما يقرره القانون من أحكام ، فإن من المفيد أن نشير إلي القانون الواجـــب التطبيق علي المنازعات العقدية عند تنازع القوانين .

---

(١) راجع في ذلك : د/ محمد حسام لطفي : المرجع السابق – ص ٢٠ ، ٢١
- وانظر حول نظام الخصخصة بالتفصيل الأستاذ الدكتور : أحمد محمد محرز " النظام القانوني لتحول القطاع العام إلي القطاع الخاص " الخصخصة "– القاهرة ١٩٩٥ .

(٢) د / محمد حسام لطفي : ص ٢٢ .

وقد يكون التنازع بين القوانين في الزمان (التنازع الزمني) ، وقد يكون مكانياً (التنازع المكاني) ، وسنشير إلي القانون الواجب التطبيق علي العقد في الفرضين ، وذلك كالتالي :

(أ) حالة التنازع الزمني :

إذا أبرم العقد في ظل قانون معين ، ثم ألغي هذا القانون وحل محله قانون جديد يغير من أحكامه ، فما هو الحل-؟

وفقا للمبادئ المستقرة في مجال تنازع القوانين من حيث الزمان ف فإن أحكام القانون القديم تظل سارية علي العقود التي أبرمت في ظلـــه ، ولا تطبق أحكام القانون الجديد إلا علي العقود التي تبرم بعد صدوره[١]* .

ويسري الحل المذكور ، سواء أكانت قواعد القوانين الجديدة متعلقة بشروط انعقاد العقد أو بصحته أو بنفاذه أو بآثاره ، طالما كانت القواعـد المنظمة لهذه الآثار قواعد مكملة وليست آمرة ، فإن كانت آمـــرة فإنهـــا تطبق بأثر فوري ومباشر علي جميع العقود السارية وقت صدور القانون الجديد [٢] .

---

(١) د / إبراهيم أبو الليل : المرجع السابق – ص ٥٣ .

(٢) د / إبراهيم أبو الليل : ص ٥٣ ، ص ٥٤ .

- وفيما يتعلق بإثبات العقد ، يسري نص المادة/ ٩ من القانون المدني المصري والتي تنص علي أن : " تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدما النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل ، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده "

(ب) حالة التنازع المكاني :

قد يبرم العقد ويتعلق به عنصر أجنبي ، كأن يبرم في بلد ويكون تنفيذه في بلد آخر يقيم فيه الطرف الآخر فهنا يثار التساؤل عن القانون الواجب التطبيق علي العقد .

وقد وضع المشرع المصري قواعد لحل التنازع المكاني بين القوانين بشأن العقد حيث ميز بين نوعين من الأحكام علي النحو التالي :

١. الأحكام الموضوعية للعقد : ويقصد بها تلك الأحكام التي تنظم الشروط الموضوعية لإنعقاد العقد وكذلك الآثار المترتبة عليه .

وتخضع هذه الأحكام من حيث الأصل للقانون الذي يتفق عليه طرفا العقد إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة ، حتى ولو كان قانونا أجنبياً [١] وقد يتم الاتفاق علي هذا القانون صراحة ، كما يستفاد ضمنا من ظروف التعاقد .
إلا أن المشرع المصري قد قرر ما يلي :

أ – يسري علي الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً . فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ، ما لم يتفق المتعاقدان علي قانون أخر ، أو

(١) فقد يكون قانوناً آخر غير قانون بلدهما ، أو قانون البلد الذي أبرم فيه العقد راجع : د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٥٤ .

يتبين من الظروف أن قانونا أخر هو الذي يراد تطبيقه [١] .

فهذه قاعدة مكملة ، إذ يجوز الاتفاق علي مخالفتها صراحة أو ضمنا .

ب- يسري قانون موقع العقار علي العقود التي أبرمت في شان هذا العقار [٢] .

وهذه قاعدة آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق علي مخالفتها [٣] .

٢- <u>الأحكام الشكلية للعقد :</u> قرر المشرع المصري في هذا الصدد ما يلي :

أ- لم يشأ المشرع المصري أن يفرض قانوناً معيناً فيما يخص شكل

---

(١) مادة ١/١٩ مدني مصري .
(٢) مادة ٢/١٩ مدني .
(٣) جدير بالذكر أن القانون الكويتي قد أورد ثلاثة استثناءات علي القواعد المذكورة ، وهي : ١- إذا أبرم العقد في البورصات والأسواق العامة سري عليه القانون الذي توجد فيه هذه البورصات والأسواق (مادة / ٦٠ مدني كويتي) . ٢- يسري علي العقود التي يبرمها أصحاب المصانع والمتاجر والمزارع مع عمالهم ومستخدميهم ، القانون المطبق في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال ، فإذا كان المركز الرئيسي لهذه الأعمال في الخارج وكانت فروعها في الكويت هي التي أبرمت هذه العقود ، فإن القانون الكويتي هو الذي يسري (مادة / ٦٥ مدني كويتي) . ٣- إذا تعلق العقد بعقار سري عليه قانون موقع العقار .

وفيما يتعلق بالالتزامات غير التعاقدية ، يسري عليها قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام علي أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار ، لا تسري أحكام الفقرة السابقة علي الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في مصر ، وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه (مادة / ٢١ مدني مصري) .

العقد بالنسبة للعقود فيما بين الأحياء ، فيجوز أن تخضع لقانون البلد الذي تمت فيه ، أو للقانون الذي يسري علي أحكامها الموضوعية أو لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك [١] .

ب- يسرى علي شكل الوصية – وسائر التصرفات المضافة إلي ما بعد الموت – قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية [٢] .

ملاحظات ختامية :

نشير في النهاية إلي بعض الملاحظات بشأن تنازع القوانين في مجال العقد وهي :

١. لا تسري الأحكام السابقة إلا حيث لا يوجد نص علي خلاف ذلك في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في مصر [٣] .

٢. تتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة مبادئ تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص [٤] .

٣. إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق ، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية ، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص [٥] .

---

(١) مادة / ٢٠ مدني .
(٢) مادة ٢/١٧ مدني .
(٣) مادة / ٢٣ مدني .
(٤) مادة / ٢٤ مدني .
(٥) مادة / ٢٧ مدني .

٤. لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة ، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في مصر [١] .

المبحث الخامس
تقسيمات العقود

لا تقع العقود التي يبرمها الأفراد تحت حصر ، إذ أن للأفراد الحرية في إنشاء ما يرون من عقود طبقا لمبدأ الحرية التعاقدية ، لاسيما في ظل التطور المستمر للحياة العملية .

وبناء علي ذلك ، لم يشأ المشرع المصري أن يعرض لتقسيم العقود [٢] ، وإنما ترك ذلك للفقه القانوني ، إذ أن تقسيم العقود يعد عملاً فقهياً بطبيعته [٣] .

---

(١) مادة / ٢٨ مدني .

(٢) وكذلك كان الوضع في ظل القانون القديم ، وهو نفس النهج الذي سلكته التشريعات الحديثة كالتشريع الألماني والتشريع السويسري . أما التشريع المدني الفرنسي فقد ذكر بعض تقسيمات للعقود في غير استقصاء .

(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يدل على تعمد المشرع ترك تقسيمات العقود للفقه ، إذ جاء فيها : " وقد تعمد المشرع إغفال تقسيمات العقود التي توجد في أكثر التقنينات اللاتينية النزعة ، لأن العناية بها من شأن الفقه . ولذلك رؤى من الأحوط أن تهمل في النصوص التشريعية ". راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢- هامش ص ١١.

- وإذا كان القانون المدني المصري الحالي لا يعرض لتقسيمات العقود ، إلا أن المشرع قد أورد تقسيماً للعقود المسماة بحسب موضوع أو محل العقد ، كالعقود الواردة علي العمل .

وإزاء صعوبة حصر كافة العقود المختلفة ، حاول الفقه القانوني وضع تقسيمات للعقود بحسب طوائفها المختلفة ، ويجمع بين كل طائفة بعض الصفات والخصائص التي تميزها عن غيرها ، وتختلف هذه الطوائف بحسب الوجهة التي ننظر منها إلى العقد .

وسنعرض لأهم التقسيمات التي قال بها الفقه ، وذلك فيما يلي :

أولاً : العقود المسماة والعقود غير المسماة :

تنقسم العقود من حيث تنظيم المشرع لها إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة .

فالعقد المسمى هو ذلك العقد الذي تناوله المشرع بالتنظيم ووضع له اسماً معيناً .ومن أمثلة ذلك عقود البيع والهبة والشركة والإيجار ، والعمل ، والوكالة .

أما العقد غير المسمى ، فهو ذلك العقد الذي ظهر في الحياة العملية ولم يتناوله المشرع بالتنظيم وبالتالي لم يضع له اسماً معيناً . ومن أمثلة ذلك العقد بين صاحب الفندق والنزيل (عقد الفندقة) ، والعقد بين الطبيب والمريض (عقد العلاج الطبي) ، والعقد بين الناشر والمؤلف (عقد النشر) [١]* .

---

(١) يذكر أن القانون الروماني لم يكن يعترف – فيما عدا العقود الشكلية – إلا بعدد محدود من العقود علي سبيل الحصر ، بعضها رضاني ، وبعضها عيني ، وأخري اتفاقات يجعل لها المشرع قوة العقود ، وقد اعترف الرومان ببعض هذه العقود الأخيرة بعد تطور طويل ، وهي===

والعقود غير المسماة لا تقع تحت حصـــر ، لأن الإرادة حـرة في إنشاء ما تريد من عقود في حدود النظام العام وحسن الآداب ، وإذا مـا انتشرت بعض هذه العقود اهتم بها المشرع وأضافها إلي طائفـة العقـود المسماة وقد أضاف المشرع إلي طائفة العقود المسماة عقد التزام المرافق العامة والمقامرة والرهان وعقد التأمين (١) ، لذا فإن العقود المسماة فـي تزايد مستمر (٢) .

وعندما يتدخل المشرع ويضع أحكاماً خاصة بـبعض العقـود ، أي جعلها عقوداً مسماة ، فهو يهدف إلي تحقيق بعـض الأهـداف منهـا : التسهيل علي الأفراد عند إبرامهم لهذه العقود ، وذلك بتجنيـبهم مشـقة تحديد أحاكمها التفصيلية وكذلك التسهيل علي القضـاة وغيـرهم عنـد الفصل في المنازعات التي تثيرها هذه العقود ، فضلاً عن تلبية الحاجـة إلي تطبيق بعض القواعد الخاصة علي عقد معين نظراً لطبيعة هذا العقـد وما يحققه من أغراض معينة ، مما يستوجب الخـروج علـي القواعـد العامـة في التعاقد (٣) .

العقود غير المسماة ، والتي لم تكن تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الأخر ، وكانت تنقسم إلي أربعة أقسام ، انظر : د/ السنهوري : المرجع السابق – هامش ١ – ص ١٩٣ ، ص ١٩٤ .

(١) د/ أنور سلطان : المرجع سالف الذكر – ص ٢٠ .

(٢) ويلاحظ أن المشرع لا يتناول سوى العقود التي انتشرت في الحياة العملية بصورة متزايدة . واستقرت أحكامها وقواعدها بدرجة تسمح بتقنينها وتنظيمها تشريعيا ، انظر : د/ أبو الليل : هامش ٢ – ص ٥١ .

(٣) هذا بالإضافة إلي استبعاد ما قد يثار من شك حول تطبيق بعض القواعد العامة في التعاقد علي نوع معين من العقود المسماة . بالنص صراحة علي تطبيق هذه القواعد ، انظر : د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٥٨ . د/ الصدة : ص ٥٨ .

أهمية التقسيم :

يفيد تقسيم العقود إلي عقود مسماة وأخرى غير مسماة في تحديد القواعد أو الأحكام التي تطبق علي العقد ، فإذا كان العقد مسمى ، تطبق عليه الأحكام الخاصة التي وضعها له المشرع (١) ، فإن لم يوجد في هذه الأحكام ما ينظم مسألة معينة ، تطبق علي العقد المسمى الأحكام العامة في التعاقد فيما لا يتعارض مع أحكامه الخاصة ومع طبيعته (٢) .

وإذا اقترب العقد غير المسمى من أحد العقود المسماة ،أو تبين أنه مجرد تطبيق له ، تطبق عليه أحكام العقد المسمى عن طريق القياس (٣) . وبما لا يتعارض مع طبيعته ومع الإرادة المشتركة للمتعاقدين (٤) .

ثانيا : العقود الرضائية والعقود الغير رضائية :

تنقسم العقود من حيث مدي كفاية أو عدم كفاية التراضي لإنعقادها إلي عقود رضائية وعقود غير رضائية .

---

(١) د/ جميل الشرقاوي : ص ٨٢ ، د / إبراهيم أبو الليل : ص ٥٨ .

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٥٨ ، د/ أنور سلطان : ص ٢١ .

(٣) د/ أنور سلطان : ص ٢١ .

(٤) وليست العبرة بالتسمية التي يطلقها أطراف العقد عليه إذا كانت تتعارض مع حقيقة هذا العقد ، راجع : د/ جميل الشرقاوي : هامش ٢ – ص ٨٢ .

والعقد الرضائي هو ذلك العقد الذي يكفي لإبرامه مجرد التراضي ، أي توافق وتطابق الإيجاب والقبول دون حاجة لإفراغ هذا التراضي في شكل خاص .

والأصل في العقود الرضائية ما لم ينص المشرع صراحة علي غير ذلك ، لذا نجد أن معظم العقود في الوقت الحالي عقود رضائية ، ومثال ذلك عقد البيع وعقد الإيجار وغيرهما .

أما العقود غير الرضائية : فهي تلك العقود التي لا يكفي مجرد التراضي لإبرامها ، بل لابد من إجراء آخر يكمل هذا التراضي لكي ينعقد العقد .

وتضم العقود غير الرضائية نوعان هما : العقود الشكلية والعقود العينية ، فالعقد الشكلي : هو ذلك العقد الذي لا يكفي لإبرامه مجرد التراضي ، بل لابد وأن يفرغ هذا التراضي في شكل معين يفرضه القانون أو يتفق عليه المتعاقدان (١) .

---

(١) د/ إبراهيم الدسوقي : المرجع السابق – ص ٥٩ وهامش ٢ بذات الصفحة ، حيث يشير سيادته إلي أن الرضائية ليست متعلقة بالنظام العام ، ومن ثم قد يكون العقد رضائياً بطبيعته ، إلا أن المتعاقدين يجعلانه عقداً شكلياً باتفاقهما .
- وقد نص المشرع المصري علي الشكلية في نص المادة / ٨٩ من القانون المدني حيث نصت هذه المادة علي أن : يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد .

والصورة الغالبة للعقد الشكلي في الوقت الراهن هي الكتابة سواء أكانت رسمية أو عرفية (١) . ومن أمثلة العقود الشكلية التي يشترط فيها الكتابة الرسمية عقد الرهن الرسمي (٢) ، وعقد الهبة إذا لم يتم قبض الموهوب (٣) .

ومن أمثلة العقد الذي يتم بالكتابة العرفية ، عقد التأمين ، حيث يكتفي بتحرير العقد في ورقة عرفية (٤) ، وكذلك الحال في عقد الشركة المدنية (٥) .

---

(١) د. إبراهيم الدسوقي / ص ٥٩ .
- وقد كانت الشكلية هي الأصل في القانون الروماني ، إذ لم تكن العقود تبرم إلا باتباع أوضاع وطقوس شكلية معينة ، وقد كان اتباع هذه الطقوس الشكلية كافيا بذاته لإبرام العقد دون حاجة للرضا ، وقد تخلص القانون الروماني من غلواء الشكلية بعض الشيء وذلك في أواخر عصوره تحت تأثير عدة أسباب أهمها انفتاح روما علي العالم الخارجي والمجهودات التي قام بها الحاكم القضائي (البريتور) ، وجهود الفقهاء . أما الشكلية في القوانين الحديثة فإنها تعد استثناء حيث الأصل الرضائية نزولا علي مبدأ سلطان الإرادة ، وهي تختلف عن مثيلتها في القانون الروماني، حيث لا تكفي الشكلية لإبرام العقد وإنما لابد وأن تتوافر أركان العقد وأهمها ركن التراضي .

(٢) مادة / ١٠٣١ مدني مصري .

(٣) مادة / ٤٨٨ مدني مصري .

(٤) رغم أن عقد التأمين عقد رضائي بحسب الأصل ، إلا أن العمل قد جري علي اشتراط كتابة العقد كشرط للانعقاد وليس للإثبات فيعد العقد في هذه الحالة عقدا شكلياً يلزم توقيعه من أحد أطرافه أو منهما معا حسب الاتفاق وإلا عد باطلا ، راجع الزميل الأستاذ الدكتور / محمد حسام محمود لطفي : الأحكام العامة لعقد التأمين – دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي – الطبعة الثالثة - القاهرة – ٢٠٠١ ص ١٠١ .

(٥) مادة / ٥٠٧ مدني مصري .

الهدف من الشكلية :

يرجع اشتراط أن يكون العقد شكلياً في الغالب إلي رغبة المشرع في حماية المتعاقدين وذلك بتنبيههما إلي خطورة العقد المزمع إبرامه [١] ، وإتاحة الفرصة أمام أطراف العقد للتروي والتفكير قبل إبرام العقد . فلا يقدم الشخص علي التعاقد إلا وهو علي بينة من حقيقة الأمر [٢] ، كما قد يكون الهدف من الشكلية حماية غير المتعاقدين ، أو تنظيم الائتمان ، وهذا يتحقق في عقد الهبة والرهن الرسمي [٣] .

التمييز بين الشكلية وطريقة الشهر وطريقة الإثبات :

١. إذا تطلب المشرع كتابة رسمية أو عرفية لوجود العقد – أو التصرف القانوني بصفة عامة – كانت هذه الكتابة شكلية مطلوبة للانعقاد، ومن ثم لا ينعقد العقد إذا تخلفت الشكلية ، بل يكون باطلاً [٤].

٢. ولكن إذا كان النص القانوني لا يفصح عن وظيفة الشكل المطلوب ، ولا يمكن الوصول إلي تحديد هذه الوظيفة عن طريق التفسير فإن الكتابة تكون للإثبات ، وذلك لأن الرضائية هي الأصل والشكلية استثناء [٥] . ومن ثم ينعقد التصرف رغم تخلف الكتابة ، إذ يمكن إثبات التصرف بالإقرار أو اليمين [٦] .

---

(١) د/ عبد المنعم فرج الصدة : المرجع السابق – ص ٦٠ .
(٢) د/ إبراهيم الدسوقي : ص ٦٠ .
(٣) د/ إبراهيم الدسوقي : هامش ٢ – ص ٦٠ .
(٤) د/ الصدة : ص ٦١ .
(٥) يذكر أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان يتضمن حكماً يجعل الشكل الذي يفرضه القانون عند الشك للانعقاد وليس للإثبات (مادة / ١٤٨ / ٢) غير أن هذا النص قد حذف . والفقه مختلف إذ بينما يري أستاذنا العلامة السنهوري وجوب الأخذ بحكم النص رغم حذفه ، يذهب أستاذنا الدكتور الصدة إلي عكس ذلك ، انظر : د/ السنهوري : هامش ص ١٩١ ، د/ الصدة : هامش ٤ – ص ٦١ .
(٦) د/ الصدة : ص ٦٣ ، وفي نفس المعني : د/ أنور سلطان : المرجع السابق ص ١٦ .

٣. وقد تكون الكتابة طريقة لشهر العقد – أو التصرف القانوني عامة – ، والشهر له طريقان : الأول هو التسجيل ، ويكون بالنسبة للعقود والتصرفات التي تتعلق بحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ، وبعض الحقوق الشخصية التي ورد النص عليها . والثاني هو القيد ، ويتعلق بالتصرفات الخاصة بحق من الحقوق العينية العقارية التبعية [١] .

وقد أوجب القانون التسجيل والقيد للإعلام والشهر ، والجزاء الذي يترتب علي عدم الشهر يتمثل في عدم ترتيب آثار التصرف في مواجهة الغير ، فالرهن الرسمي الذي لم يشهر ينعقد وتترتب آثاره فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يسرى في حق الغير إلا بتمام القيد . وبيع العقار بعقد غير مسجل ينعقد وتترتب آثاره وذلك فيما عدا انتقال الملكية . حيث أن الملكية في البيع العقاري لا تنتقل فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بتمام التسجيل .

وتجب ملاحظة أن الشكلية لا تغني عن الشهر ، والعكس صحيح ، فالرهن الرسمي لا يتم إلا بكتابة رسمية ، ومع ذلك لابد من قيده (أي شهره) حتى يسري في حق الغير [٢] .

وإذا اشترط القانون الشكلية في عقد ما ، كانت هذه الشكلية مطلوبة في الوعد بإبرامه . وفي التوكيل في إبرامه وفي إجازته وفي تعديله [٣] .

أما العقد العيني : فيقصد به ذلك العقد الذي يشترط لانعقاده ، إلى جانب التراضي ، تسليم العين محل التعاقد [٤]* .

---

(١) انظر علي سبيل المثال بالنسبة للرهن الرسمي. المادة / ١٠٥٣ من القانون المدني المصري.
(٢) بيد ان الكتابة أمر لازم للشهر بداهة . اذ لا يمكن شهر المحرر إلا إذا كان مكتوبا .
(٣) د/ الصدة : ص ٦١ .
(٤) د/ أنور سلطان : ص ١٦ .

والعقود العينية نادرة الوجود في الوقت الحالي ، على عكس ما كان عليه الوضع في القانون الروماني ، والقانون الفرنسي القديم [١] ، ولا يوجد مثال للعقد العيني في القانون المصري الحالي سوى عقد هبة المنقول ، حيث لا ينعقد إلا إذا اقترنت الهبة بقبض المنقول ، أو وثقت في محرر رسمي [٢] .

وقد يكون العقد رضائياً بنص القانون ، ولكنه يصبح عينيا باتفاق الطرفين ، ومن أمثلة ذلك الاتفاق في عقد التأمين على عدم انعقاد العقد إلا بعد سداد القسط الأول [٣] .

<u>ثالثاً : العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد :</u>

تنقسم العقود من حيث ما إذا كانت تلزم طرفيها ، أو تلزم طرفاً واحداً فقط إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد .

---

(١) حيث كانت العقود لا تبرم في القانون الروماني إلا باتباع طقوس وشكليات معينة او بتسليم العين محل التعاقد ، وقد تأثر التقنين الفرنسي القديم بذلك واعتبر بعض العقود عينية ، وهذا التأثير امتد ليشمل القانون الفرنسي الحالي ، إذ لازالت عقود القرض وعارية الاستعمال والوديعة والرهن الحيازي عقودا عينية لا تنعقد إلا بالتسليم إلي جانب عقد هبة المنقول .

(٢) مادة / ٤٨٨ مدني مصري .

(٣) يجري العمل كثيرا علي إسباغ صفة العينية علي عقود التأمين ، حيث يشترط المؤمن عدم إتمام العقد إلا بعد دفع القسط الأول ، فيصبح العقد في هذه الحالة شكليا وعينيا في آن واحد ، ومع ذلك يجب التحوط في هذا الصدد . لأن سداد القسط قد يكون شرطا لنفاذ العقد وليس لانعقاده ، راجع د/ محمد حسام لطفي : الأحكام العامة للتأمين – المرجع السابق – ص ١٠٢ ، ص ١٠٣ ، هامش ٣ – ص ٨٢ .

<u>فالعقد الملزم للجانبين :</u> هو العقد الذي يلتزم كل من طرفيه بالتزامات مقابلة لالتزامات الطرف الآخر ، فهو عقد ينشئ التزامات متبادلة في ذمة كل من طرفيه ولذلك يسمى بالعقد التبادلي [١] . وغالبية العقود ملزمة لجانبين مثل عقد البيع وعقد الإيجار وعقد المقاولة وعقد العمل وعقد التأمين وغيرها من العقود التي تجعل من كل متعاقد دائناً ومديناً بمقتضى العقد ذاته . فعقد البيع من العقود الملزمة للجانبين ، حيث أنه يرتب التزامات في ذمة البائع ، وكذا التزامات في ذمة المشتري [٢] .

والمعيار المميز للعقد الملزم للجانبين – أو العنصر الجوهري فيه – أنه ينشئ منذ إبرامه التزامات متقابلة ومترابطة ، بحيث يكون التزام كل متعاقد سبب التزام الآخر ، فلا يكفي لوجود العقد الملزم للجانبين تقابل الالتزامات ، وإنما يجب أيضا الترابط بين هذه الالتزامات ، بأن يكون كل منهما سبب الآخر [٣] .

والعبرة بوقت إبرام العقد وليس بعد ذلك ، فإذا كان العقد ، وقت إبرامه يرتب التزامات علي عاتق أحد طرفيه فقط [٤] ، كان عقداً ملزماً لجانب واحد ، حتى ولو رتب بعد إبرامه التزماً علي عاتق الطرف الآخر ،

---

(١) د/ الصدة : ص ٦٤ .
(٢) فالتزام البائع الأساسي يتمثل في نقل ملكية المبيع وتسليمه ، في مقابل التزام المشتري بدفع الثمن .
(٣) د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل : ص ٦٢ ، د/ الصدة : ص ٦٤ .
(٤) د/ إبراهيم الدسوقي : ص ٦٢ .

فإذا قام المودع لديه في الوديعة بدون أجر بإنفاق مصروفات للحفاظ علي الشيء محل الوديعة ، يظل عقد الوديعة مجانياً وملزماً لجانب واحد فقط رغم التزام المودع برد تلك المصروفات للمودع لديه ، لأن الالتزام برد المصروفات قد نشأ بعد إبرام عقد الوديعة ولا يجد مصدره في العقد ، وإنما في سبب آخر هو الإثراء بلا سبب [١] .

وثمة ملاحظة هامة هي أن تنفيذ أحد الالتزامات المتقابلة لا يحول العقد الملزم للجانبين إلي عقد ملزم لجانب واحد ، بل يظل علي طبيعته الأصلية [٢] .

أما العقد الملزم لجانب واحد : فهو العقد الذي ينشئ التزامات في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر ، فيكون أحد طرفيه دائنا وليس مديناً ، ويكون الطرف الآخر مديناً وليس دائناً [٣] .

ومن أمثلة العقود الملزمة لجانب واحد عقد الهبة الخالصة حيث يلتزم الواهب فقط بنقل ملكية المال الموهوب ، ولا يلتزم الموهوب له بشيء [٤]" . ، وكذلك الوديعة المجانية ، والكفالة المجانية .

---

(١) د/ الصدة : ص ٦٧ ، د/ إبراهيم الدسوقي : ص ٦٢ ، وكان العقد يسمي في هذه الحالة العقد الملزم للجانبين غير التام أو العقد التبادلي الناقص ، وهي تسمية كان لها ما يبررها في القانون الروماني ، ولكنها غير صحيحة الان ولم يعد لها ما يبررها ، راجع : د/ الصدة :/ ص ٦٦، ص ٦٧ .
(٢) د/ إبراهيم الدسوقي : ص ٦٣ .
(٣) د/ السنهوري : ص ١٩٦ .
(٤) د/ الصدة : ص ٦٤ .

وتجب التفرقة بين العقد الملزم لجانب واحد والتصـرف القـانوني الصادر من جانب واحد ، فالأول ينشأ باتفاق إرادتـين ولكـن لا يرتـب التزامات إلا في ذمة أحد طرفيه دون الآخر ، أما الثـاني فهـو تصـرف انفرادي يتم بإرادة واحدة ، كما في الوصية والوعد بجائزة [١].

وتجدر الإشارة إلي أن العقد قد يكون بطبيعته ملزماً لجانب واحد ، فينقلب إلي عقد ملزم للجانبين بإرادة الطرفين كما هو الحال في عقد الهبة بعوض أو بتكليف [٢] ، حيث أن عقد الهبة بطبيعته ملزم لجانب واحد هو جانب الواهب ، إلا أنه يجوز الاتفاق علـي التزام الموهـوب لـه بعوض أو المقترنة بتكليف معين ، فيصبح العقد في هذه الحالـة ملزمـاً للجانبين ، شريطة أن ينشأ الالتزام بالعوض أو بـالتكليف وقـت إبـرام عقـد الهبة .

<u>أهمية التمييز بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد :</u>

يترتب علي التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين والعقـود الملزمـة لجانب واحد عدة آثار ترتد جميعها إلي فكـرة التـرابط والتقابـل بـين الالتزامات في العقد الملزم للجانبين ، وهي الفكرة التي لا مثيل لها فـي العقد الملزم لجانب واحد .

---

(١) د/ السنهوري ، ص ١٩٦ ، ص ١٩٧ ، د / جميل الشرقاوي : ص ٦٨ .
(٢) د/ الصدة : ص ٦٧ ، ص ٦٨ ، د/ انور سلطان : ص ١٧ .

وتبدو أهمية التمييز بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد في عدة أوجه ، أهمها ما يلي :

أ- الفسخ لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين ، فإذا أخل أحد طرفي العقد بالتزاماته في العقود الملزمة للجانبين ، كان للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وهو ما يعني حل الرابطة العقدية ، ولا محل لاستخدام وسيلة الفسخ في العقد الملزم لجانب واحد ، لأن الغاية من الفسخ هي أن يتحلل طالب الفسخ من التزامه ، فإذا أخل المدين بالتزامه فلا يتصور أن يطلب الطرف الآخر الفسخ ، لأنه لا يلتزم بشيء يريد التحلل منه ، بل علي العكس تقتضي مصلحته أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه [١] .

ب- الدفع بعدم التنفيذ لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين ، حيث أنه إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين – في العقد الملزم للجانبين – التزاماته ، جاز للمتعاقد الآخر الامتناع عن تنفيذ التزاماته لحث المتعاقد الأول علي التنفيذ [٢] . أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا يتصور استخدام وسيلة الدفع بعدم التنفيذ ، لأن محل هذا الدفع الالتزامات المتقابلة والمترابطة ، وهدفه حمل الطرف الآخر علي تنفيذ التزامه ، وحيث أن الالتزام يقع علي عاتق أحد المتعاقدين فقط ، فلا محل للدفع بعدم التنفيذ في العقد الملزم لجانب واحد [٣] .

---

(١) د / جميل الشرقاوي : ص ٦٩ ، د/ الصدة : ص ٦٦ .
(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٦٣ .
(٣) د/ جميل الشرقاوي : ص ٧٠ .

ج-تقع تبعة الهلاك علي المدين بتسليم الشيء محل التعاقد وذلك في العقود الملزمة للجانبين ، حيث أنه إذا كان أحد المتعاقدين ملتزماً بتسليم شيء معين – كما في عقد البيع – وهلك هذا الشيء بسبب أجنبي قبل تسليمه ، انقضي الالتزام بالتسليم وينقضي معه التزام المتعاقد الآخر ، ومن ثم تقع تبعة الهلاك علي المدين بتسليم الشيء محل التعاقد [١] .

أما في العقود الملزمة لجانب واحد ، فإن تبعة هلاك الشيء محل العقد وهو تحت يد المدين بالتسليم لسبب أجنبي عنه تقع علي عاتق الدائن ، وتطبيقا لذلك إذا هلك الشيء المودع بقوة قاهرة وهو تحت يد المودع لديه (المدين برد الشيء المودع) ، انقضي التزامه برد الشيء ، ولكنه لا يخسر شيئاً لأن الشيء الهالك غير مملوك له ، بل تكون الخسارة أي تبعة الهلاك علي الدائن [٢] .

رابعا : عقود المعاوضة وعقود التبرع

تنقسم العقود بالنظر إلي المقابل الذي يسعى إلي تحقيقه كل من طرفي العقد إلي عقود معاوضة وعقود تبرع وعقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلاً لما أعطاه ، فهو عقد يتلقي

---

(١) د / السنهوري : ص ١٩٩ .

(٢) د/ جميل الشرقاوي : ص ٧١ .

كل طرف فيه مقابلاً لما يلتزم به . وعقود المعاوضة كثيرة في الحياة العملية ومن أمثلتها عقد البيع حيث يحصل البائع علي الثمن مقابل تسليم الشيء المبيع إلي المشتري ويحصل المشتري علي ملكية الشيء المبيع مقابل دفع الثمن ، فهو عقد معاوضة بالنسبة للبائع والمشتري، ومن أمثلة عقود المعاوضات أيضاً عقد الإيجار وعقد المقاولة وعقد العمل .. الخ. ويقصد بالمقابل في عقود المعاوضة ، المقابل أو العوض المادي ذي القيمة المالية ، فلا يكفي المقابل الأدبي [١] ولكن لا يشترط أن يكون المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد معادلاً من الناحية المالية للمقابل الذي يستحقه المتعاقد الآخر ، وإنما يكفي أن يعتبر كل من المتعاقدين أن ما يحصل عليه هو مقابل لما يعطيه [٢] . كما لا يشترط أن يحصل المتعاقد علي المقابل الآخر إذ يمكن أن يحصل عليه من شخص آخر غير طرف في العقد ، ومن أمثلة ذلك أن يحصل الكفيل علي المقابل من المدين وليس من الدائن الذي يبرم معه عقد الكفالة ، وفي هذه الحالة يعد العقد من عقود المعاوضة [٣] .

---

(١) د/ إبراهيم الدسوقي : ص ٦٤ .
- إلا أن نية التبرع تنتفي كلما كان القصد من التبرع تحقيق منفعة شخصية سواء أكانت منفعة مادية أو أدبية .
(٢) وهذا ما يعبر عنه بنظرية التعادل القانوني أو الشخصي بالمقابلة لنظرية التعادل الاقتصادي بين الأداءات المتقابلة ، والتي تشترط التساوي بين الأداءات من الناحية المالية والاقتصادية ، وهي نظرية منتقدة لأنها لا تؤدي إلي استقرار المعاملات ، راجع : د/ عبد الحي حجازي : المرجع السابق – ص ٤٨٨ .
(٣) د/ الدسوقي : ص ٦٥ .

أما عقد التبرع : فهو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلاً لما يعطي ، ومن أمثلته عقد الهبة ، حيث يعطي الواهب الشيء الموهوب ولا يأخذ مقابلاً ، ويحصل الموهوب له علي ملكية الشيء دون مقابل ، وكذلك عقد الوديعة المجانية ، وعقد الوكالة المجانية .

ويتشرط لاعتبار العقد تبرعاً توافر عنصرين : انعدام المقابل (العنصر المادي) ، ونية التبرع (العنصر النفسي) ، فلا يكفي لاعتبار العقد تبرعاً انتفاء المقابل ، وإنما يجب أن تتوافر نية التبرع أيضاً [١] .

وبناءاً علي ذلك إذا اشترط الواهب علي الموهوب له التزاماً أو تكليفاً تعادل قيمته قيمة المال الموهوب – أو تقاربه – كان العقد معاوضة وليس تبرعاً حتى لو توافرت نية التبرع ، لانتفاء الركن المادي وهو انعدام المقابل [٢] أما إذا كانت قيمة المال الموهوب أزيد بكثير من قيمة التكليف أو العوض ، كان العقد تبرعاً ، طالما كان الدافع إلي التعاقد هو النية الخالصة للتبرع ، وفي هذه الحالة ينحصر التبرع في الفارق بين القيمتين [٣] .

وإذا تخلفت نية التبرع الخالصة ، بأن كان الغرض من التعاقد تحقيق منفعة أو مصلحة أيا كان نوعها ، كان العقد معاوضة ولو لم يتفق

---

(١) انظر في ذلك : د/ الصدة : المرجع السابق – ص ٦٩ .
(٢) نفس الإشارة .
(٣) د/ إبراهيم الدسوقي : ص ٦٦ ، وانظر المادة / ٤٩٨ / ٢ مدني مصري حيث جاء فيها : " ويجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن نية التبرع ، أن يفرض علي الموهوب له القيام بالتزام معين " .

فيه علي مقابل مادي [١] ، ومن ثم لا يعد متبرعاً من يتنازل عن قطعة أرض يملكها بدون مقابل لتقام عليها مدرسة ، إذا اشترط أن تسمي المدرسة باسمه [٢] ، وكذلك من يمنح قطعة أرض يملكها إلي شركة لتقيم عليها فندقاً ، إذا كان قصده من وراء ذلك رفع أسعار باقي الأرض التي يملكها [٣] .

علي كل ، فإن تكييف العقد بأنه تبرع أو معاوضة مسألة واقع يدق فيها التقدير أحياناً ، ويترك تقديرها لقاضي الموضوع في ضوء الوقائع علي كل ، فإن تكييف العقد بأنه تبرع أو معاوضة مسألة واقع يدق فيها التقدير أحياناً ، ويترك تقديرها لقاضي الموضوع في ضوء الوقائع والإرادة المشتركة للمتعاقدين ، ويخضع هذا التقدير لرقابة محكمة النقض [٤] .

ويجب التمييز في نطاق التبرعات بين عقد الهبة وعقد التفضل ، فالهبة يترتب عليها خروج مال من ذمة المتبرع ، أما عقد التفضل ففيه

---

(١) د/ الصدة : ص ٦٩ .
(٢) د/ الدسوقي : هامش ٢ – ص ٦٦ .
(٣) كما تنتفي نية التبرع في هبة المجازاة أو المكافأة ، وفي حالة الوفاء بالتزام طبيعي ، راجع / د/ بدر جاسم يعقوب : عقد الهبة في القانون المدني الكويتي – دراسة مقارنة – مطبوعات جامعة الكويت – ص ٦٨ وما بعدها .
(٤) نقض مدني : ١٩٩٧/٦/١ – مجموعة أحكام النقض – س ٤٨ ، جـ ٢ – رقم ١٦٦ – ص ٨٥٣ ، حيث ورد به أن : " المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه ولئن كان التعرف علي ما عناه المتعاقدان هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع ، إلا أنه متى استخلصت المحكمة ذلك ، فإن التكييف القانوني الصحيح لما قصد المتعاقدان وإنزال حكم القانون علي العقد هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض . "

يقدم المتبرع للمتبرع له منفعة أو خدمة دون أن يترتب علي ذلك خروج مال من ذمته ، كما هي الحال في العارية والكفالة المجانيـــة [١] ونظـــراً لخطورة عقد الهبة فقد استلزم المشرع شكلية خاصة لانعقاده ولم يستلزم ذلك بالنسبة لعقود التفضل [٢] .

وثمة ملاحظة هامة تتمثل في عدم التلازم الحتمي بين عقد التبـــرع والعقد الملزم لجانب واحد ، فقد يكون هذا الأخير عقـــد تبـــرع كالهبـــة الخالصة ، وقد يكون عقد معاوضة كالكفالة بمقابل إذا أخذ الكفيل أجراً من المدين [٣] . ، وفي المقابل قد يكون العقد الملزم للجانبين تبرعاً كما في الهبة بعوض [٤] .

(١) د/ السنهوري : ص ٢٠١ ، ص ٢٠٢ .
(٢) نفس الإشارة .
(٣) د/ الصدة : ص ٦٨ ، ص ٦٩.
(٤) د/ الصدة : ص ٦٩.

<u>أهمية التقسيم :</u>

تبدو أهمية التمييز بين عقود المعاوضة وعقود التبرع في عدة أمور ، أهمها ما يلي :

١- تكون مسئولية المتبرع أخف عادة من مسئولية المعاوض ، فمسئولية المودع لديه (في الوديعة المجانية) - على سبيل المثال- تكون أيسر من مسئولية المستأجر [١] .

٢- يجوز إبطال العقد بسبب الغلط في شخص المتبرع له أو في إحدى صفاته وذلك في عقود التبرع ، في حين لا يؤثر الغلط في شخص المتعاقد علي عقود المعاوضة إلا إذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار ، كما في الشركة والمزارعة .

٣- يجوز الطعن في عقود التبرع بدعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البوليصية) دون حاجة إلي إثبات سوء نية من تلقي التبرع ، أما في عقود المعاوضة كالبيع ، فلابد من إثبات سوء النية [٢] .

---

(١) كما أن مسئولية المتبرع له أشد عادة من مسئولية المعاوض ، فمسئولية المستعير أشد من مسئولية المستأجر ، راجع : د/ السنهوري . ص ٢٠٢٠

(٢) حيث لايجوز اللجوء إلى هذه الدعوى إلا إذا كان التصرف منطوياً على غش من المدين، وكان المتعاقد الآخر عالماً بهذا الغش (مادة / ٢٣٨ مدني مصري)

٤- يتشدد المشرع في الالتزام بالضمان في عقود المعاوضة عنه في عقود التبرع ، فعلي سبيل المثال يكون التزام البائع بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية أشد وطأة بكثير من التزام الواهب [١] ، حيث لا يضمن الأخير استحقاق الشيء أو العيب إلا إذا أخفي سببه ، في حين يضمن البائع ذلك ولو كان لا يعلم سبب الاستحقاق أو العيب .

٥- التبرعات الصادرة في مرض الموت تأخذ حكم الوصية ، ولاشيء من ذلك كأصل عام بالنسبة للمعاوضات [٢] .

٦- يتشدد المشرع بالنسبة لإبرام عقود التبرع ، ومن ذلك تطلب شكلية خاصة لإبرام بعض عقود التبرع ، وتطلب أهلية خاصة لإبرام هذه العقود [٣] .

---

(١) د/ الصدة : ص ٧٠

(٢) د/ إبراهيم الدسوقي : ص ٦٧

(٣) نفس الإشارة

خامسا : العقود المحددة والعقود الاحتمالية :

تنقسم العقود إلي عقود محددة وعقود احتمالية بالنظر إلي مدي تحقق وجود الالتزامات الناشئة عنها ومدي تحديد مقدارها .

والعقد المحدد هو الذي يمكن تحديد قيمة (أو مقدار) ما يلتزم به كل من طرفيه منذ إبرامه [١] ، فهو عقد تتحدد فيه وقت انعقاده قيمة التزامات طرفيه ، بحيث يستطيع كل منهما أن يعلم عند إبرام العقد مقدار ما يعطي وما يأخذ بصرف النظر عن التعادل بينهما [٢] . فهو ينشئ علي عاتق طرفيه التزامات محققة الوجود ومحددة المقدار منذ إبرامه [٣] . من أمثلته عقد البيع بثمن معين ، طالما أن قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت العقد .

أما العقد الاحتمالي أو عقد الغرر (وفقاً للفقه الإسلامي) فهو العقد الذي لا تتحدد فيه التزامات طرفيه أو أحدهما وقت التعاقد ، بل يتوقف تحديد هذه الالتزامات علي أمر مستقبل غير محقق الوقوع أو غير معروف وقت وقوعه ، ومن ثم لا يستطيع كل من المتعاقدين أن يحدد

---

(١) د/ جميل الشرقاوي : ص ٧٠ .

(٢) د/ إبراهيم الدسوقي : ص ٦٧ .

(٣) نفس الإشارة

وقت تمام العقد القـدر الذي أعطي أو القدر الذي أخذ حتى يقـع هـذا الأمر (١) . وأبرز مثال للعقد الاحتمالي عقد التـأمين ضـد خطـر معين، حيث لا تستطيع شركة التأمين أن تعرف منذ إبرامـه مقـدار مـا ستحصله من أقساط التأمين نظير التزامها بدفع مبلغ التأمين ، وكـذلك لا يستطيع المؤمن له أن يعرف مقدار ما سيدفعه من أقساط ، كما لا يتـيقن من حدوث الخطر محل التأمين أو الوقت الذي سيقع فيه (٢) .

ففي العقد الاحتمالي يكون احتمـال الكسـب أو الخسـارة قائمـاً، ويشترط علي ذلك أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلي قبول هذا الاحتمـال ، وإلا بطل العقد لانعدام ركن السبب فيـه ، لأن الاحتمـال يصبح عنصـراً جوهرياً في العقد الاحتمالي (٣) .

وقد يرجع عنصر الاحتمال إلي طبيعة العقد ذاته ، كما في عقد التأمين والذي يحتمل الكسب أو الخسارة بطبيعته ، وقد يرجع الاحتمال إلي اتفاق المتعاقدين ، ومثال ذلك الاتفاق علي بيع الثمار قبل نضجها بثمـن جزافي (٤) .

---

(١) نفس الإشارة .
(٢) د/ الصدة : ص ٧١ .
(٣) د/ الدسوقي : ص ٧٢ .
(٤) د/ الصدة : ص ٧١ .

وتجدر الإشارة إلي أن الالتزام غير المحدد في العقد الاحتمالي لا يمكن اعتباره التزاماً معلقاً علي شرط ، ذلك لأن الشرط يعلق علي تحققه وجود الالتزام إن كان واقفاً ، وزوال الالتزام إن كان فاسخا ، بينما يكون الالتزام موجوداً في العقد الاحتمالي وغير مهدد بالزوال ، ويقتصر تحقق الأمر المستقبل أو عدم تحققه علي تحديد مدى أو مقدار هذا الالتزام .

وقد يتبادر إلي الذهن أن العقود الاحتمالية لا توجد إلا في نطاق عقود المعاوضة [١] .إلا أن ذلك غير صحيح ، لأن عقود التبرع أيضا قد تكون عقودا محددة وهو الغالب وقد تكون عقوداً احتمالية كما في عقد الإيراد المرتب مدى الحياة بدون عوض ، إذ لا يستطيع الواهب في هذا العقد أن يحدد القدر الذي يعطي ، فضلا عن أن الموهوب له لا يستطيع أن يحدد القدر الذي يأخذ [٢] .

---

(١) مشار إليه لدى د/ الدسوقي : هامش ١ – ص ٧٢.
(٢) ويرد الاحتمال في هذه الحالة على مدى الكسب أو الخسارة، راجع د/ الصدة : ص ٧٣.

<u>أهميـــة التقسيـــم :</u>

يترتب علي تقسيم العقود إلي عقود محددة وعقود احتمالية بعـــض الآثار ، أهمها ما يلي :

١- يقتصر تطبيق نظرية الظروف الطارئة (وما يترتب عليها من التعديل في شروط التعاقد) علي العقود المحددة ، ولا تطبق علي العقـــد الاحتمالي كقاعدة عامة [١] .

٢- يطبق الغبن (وهو عدم التعادل بين التزامات المتعاقدين) علي العقود المحددة ، ولا يطبق علي العقود الاحتمالية وفقا للاتجاه الغالب في الفقه [٢] .

<u>سادساً : العقود الفورية والعقود الزمنية [٣] :</u>

يقوم هذا التقسيم علي أساس الصورة التي تنفـــذ بهـــا الالتزامـــات الناشئة عن العقد ، وهل يرتبط ذلك بالزمن أو لا يرتبط به .

---

(١) د/ عبد الحي حجازي : ص ٤٩٦ ، حيث يشير سيادته إلي أن المادة / ١٤٦٩ من القانون المدني الايطالي تنص صراحة علي عدم تطبيق الظروف الطارئة علي العقود الاحتمالية بطبيعتها أو بإرادة طرفيها .

(٢) إلا أن هناك من يتصور إمكانية وقوع الغبن في العقود الاحتمالية ، حيث يتمثل في عدم التعادل وقت التعاقد بين احتمال الكسب واحتمال الخسارة كما في العقد المحدد . راجع حول هذا الرأي والآراء الأخرى بالتفصيل : د/ توفيق فرج : نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري – الإسكندرية – ١٩٦٦ – ص ٢١٦ وما يليها . د / بدر جاسم يعقوب : الغبن في القانون المدني الكويتي – دراسة مقارنة – الكويت ١٩٨٧ – ص ٢١١ وما بعدها .

- وقد أخذ المشرع اللبناني (مادة / ٢١٤ من تقنين الموجبات والعقود) بالرأي القائل بإمكان تصور الغبن في العقود الاحتمالية ذاتها فقد تكون قابلة للإبطال بسبب الغبن .

(٣) ويسميها البعض عقود المدة ، انظر رسالة الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي : نظرية عقد المدة – العقد المستمر والدوري التنفيذ – القاهرة – ١٩٥٠ وأيضا: د/ الصدة : ص ٧٣ .

فالعقد الفوري هو ذلك العقد الذي يمكن أن تنفذ الالتزامات المترتبة عليه في الحال ، أي فوراً ، دون أن تحتاج بطبيعتها أو وفقاً للغاية منهـا إلي مضي زمن معين يوزع عليه التنفيذ (١) ، فهو عقد لا دخل للزمن في تحديد محله لكونه يقبل التنفيذ الفوري (٢) ، ومن ثـم لا يكـون الـزمن عنصراً جوهرياً فيه .

ولا يحول دون اعتبار العقـد فـوري التنفيـذ أن يتراخـى تنفيـذ الالتزامات الناشئة عنه – كلها أو بعضها – لفترة زمنية طالما كان يقبـل بطبيعته التنفيذ الفوري ، لأن الزمن يكون عندئذ عنصراً عرضياً ولـيس جوهرياً (٣) .

ومن أمثلة العقود الفورية ، عقد البيع حيث يمكن تنفيذ الالتزامـات الناشئة عنه من نقل ملكية المبيع والوفاء بالثمن في الحال أي فور إبرام العقد ، ويظل عقد البيع فوري التنفيذ حتى ولو تأجل سداد الـثمن أو تـم سداده علي أقساط ، أو تأجل تسليم المبيع (٤) . أما العقد الزمنـي أو العقد ذو التنفيذ الممتد فهو ذلك العقـد الذي لا يمكن أن تنفذ الالتزامـات المترتبة عليه في الحال ، وإنما تحتاج بطبيعتها أو وفقا للغاية منها إلـي

(١) د/ جميل الشرقاوي : ص ٧٦ .

(٢) د/ الدسوقي : ص ٦٨ .

(٣) نفس الإشارة .

(٤) د/ السنهوري : ص ٢٠٥ ، وقد يكون الأجل إجبارياً ، وذلك إذا كانت النتيجة المقصودة يستغرق تحقيقها مدة من الزمن ، كأن يتعاقد شخص مع مقاول علي بناء منزل ، ومع هذا يظل الزمن عنصراً غير جوهرياً إذ لا أثر له علي قدر الالتزامات .

مضي زمن معين يوزع عليه التنفيذ ، فهو عقد يكـون الـزمن عنصـراً جوهرياً فيه ، بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد [١] .

ومن أمثلة العقود الزمنية عقد الإيجار ، حيث يقع علي المنفعـة ، ويتحدد مقدار المنفعة عن طريق الزمن ، وكذلك عقد العمل لمدة معينـة لأن الخدمات التي يؤديها العامل لا تقاس إلا بالزمن ، ومن ثم فإن مرور الزمن يؤدي إلي زيادة انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة وبالتـالي زيـادة الأجرة . كما أن مرور الزمن يؤدي إلي زيادة انتفاع رب العمـل بجهـد العامل وزيادة أجر العامل في المقابل [٢] .

ويمكن التمييز داخل العقد الزمني – أو عقد المدة – بـين العقـد المستمر والعقد دوري التنفيذ ، فالأول يكون فيه تنفيذ الالتزامات ممتـداً بطبيعته مع الزمن مثل عقد الإيجار وعقد التأمين ، أما الثاني فهو عقـد فوري بطبيعته إلا أنه يصبح عقداً زمنياً باتفاق طرفيه علي تكرار تنفيـذه لمدة من الزمن ، فيصبح الزمن فيه عنصراً جوهرياً يتحدد علي أساسـه محل العقد،ومن أمثلته عقـد التوريد وعقـود الإيراد المرتـب لمـدى الحياة [٣] .

---

(١) د/ السنهوري : ص ٢٠٦ .
(٢) د/ جميل الشرقاوي : ص ٧٧ .
(٣) د/ السنهوري : ص ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، د/ الدسوقي : ص ٦٩ .

أهميـــة التقسيـــم :

يترتب علي تقسيم العقود إلي عقود فورية وعقود زمنية عدة نتائج تظهر علي الأخص فيما يلي :

١- يكون للفسخ أثر رجعي – أي ينسحب أثره علي الماضي – في العقود الفورية ، ولا يكون له هذا الأثر في العقود الزمنية ، أي لا ينسحب أثره علي الماضي ، لأن ما نفذ لا يمكن إعادته [١] .

٢- لا يكون لوقف تنفيذ العقد لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي طارئ مؤقت ، تأثير علي التزامات المتعاقدين في العقد الفوري ، بينما يترتـب علي وقف تنفيذ العقد الزمني إنقاص العقد بقدر الالتزامات التي لم تنفـذ في أثناء فترة وقف العقد [٢] .

٣- يشترط الإعذار لاستحقاق التعويض في العقد الفوري في أكثـر الأحوال ، بينما لا يشترط ذلك في العقد الزمني ، لأن ما تأخر فيه الملتزم لا يمكن تداركه لفوات الزمن ، وبالتالي ليست هناك فائدة ترتجـي مـن الإعذار [٣] .

٤- لا تطبق نظرية الظروف الطارئة –وما يترتب عليها من إنقاص الالتزام المرهق إلي الحد المعقول علي العقود الفورية إلا إذا كان تنفيذها

---

(١) د/ الصدة : ص ٧٥ .
(٢) د/ الدسوقي : ص ٧٠ .
(٣) د/ السنهوري : ص ٢٠٨ .

مؤجلا ، بينما تكون العقود الزمنية هي المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة [١]

٥- تخضع العقود الفورية لنظام الرجوع في التعاقد [٢] ، بينما تخضع العقود الزمنية لنظام الإنهاء بالإرادة المنفردة من جانب أحد المتعاقدين .

سابعا: عقود المساومة وعقود الإذعان :

تنقسم العقود من حيث مدى قيام شروطها علي الإرادة المشتركة للمتعاقدين إلي عقود مساومة وعقود إذعان .

وعقد المساومة : هو الذي يقوم علي حرية كل من المتعاقدين في تحديد شروط وآثار التعاقد ، فهو يقوم علي أساس المساواة الفعلية والقانونية بين أطراف العقد إعمالا لمبدأ الحرية التعاقدية [٣] .

وعقود المساومة هي الأصل ، ومن أمثلتها عقد البيع وعقد الإيجار .... الخ

---

(١) د/ جميل الشرقاوي : ص ٧٨ .
(٢) حول نظام الرجوع في التعاقد راجع مؤلفنا : أحكام الرجوع القضائي في الهبة – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٠ .
(٣) د/ ابراهيم الدسوقي : المرجع السابق – ص ٧٣ .

أما عقد الإذعان : فهو الذي ينفرد أحد طرفيه – نظراً لما يتمتع به من احتكار فعلي أو قانوني – بوضع شروط وآثار التعاقد ، ولا يكون أمام الطرف الآخر سوى قبول هذه الشروط والآثار – أي الإذعان لها – إذا ما رغب في التعاقد ، فهو لا يملك مناقشة شروط وآثار العقد (١) .

ومن أمثلة هذه العقود ، العقد مع شركة الكهرباء ، ومع الهيئة القومية لمياه الشرب ، والعقد مع شركة الطيران ، وعقد التأمين .

أهمية التقسيم :

تنحصر أهمية التمييز بين عقود المساومة وعقود الإذعان في تدخل المشرع لحماية الطرف المذعن وهو الطرف الضعيف في عقود الإذعان ، والعمل علي منع استغلاله ، وإعادة التوازن لهذه العقود .

ومن ذلك :

١- أجاز المشرع للقاضي بناءاً علي طلب الطرف المذعن أن يعدل من شروط التعاقد التعسفية بما يرفع عنه الإجحاف،أو يعفيه كلية منها (٢)

٢- يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن مديناً كان أو دائناً (٣) .

---

(١) وقد نص المشرع المصري علي ذلك ، حيث ورد بالمادة / ١٠٠ من التقنين المدني أن : " القبول في عقود الإذعان يقتصر علي مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها " .

(٢) مادة / ١٤٩ مدني مصري ، وهو نص آمر يقع باطلاً كل اتفاق يخالفه .

(٣) وفقا للمادة / ١٥١ / ١ من التقنين المدني المصري " يفسر الشك في مصلحة المدين " ولكن الفقرة الثانية قالت : " ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن " .

- وللمزيد من التفصيل حول عقود الإذعان ووسائل حماية الطرف المذعن ، راجع : د/ إبراهيم الدسوقي : المرجع السابق – ص ١٧٦ : ص ١٨٢ .

ثامنا : العقود البسيطة والعقود المركبة :

تنقسم العقود بحسب ما تتضمنه من عمليات قانونية إلـــي عقــود بسيطة وعقود مركبة .

والعقد البسيط هو الذي يقتصر علي عملية قانونية واحدة ، ومثاله عقد البيع وعقد الإيجار ، وقد يكون العقد البسيط عقــداً مســمى كــالبيع والوكالة ، وقد يكون عقداً غير مسمى كعقد العلاج الطبي .

أما العقد المركب أو المختلط فهو ذلك الذي يتضــمن أكثــر مــن عملية قانونية ، فهو في حقيقته يضم عدة عقود . ومن أمثلته العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه أو ما يسمى عقد الفندقة ، والذي هو مــزيج من عقد إيجار بالنسبة للمسكن ، وبيع بالنسبة للمأكل ، وعمل بالنســبة للخدمة المقدمة ، ووديعة بالنسبة للأمتعة [١] .

وكذلك عقد البيع الايجاري أي الإيجار الذي يتحول إلـــي بيــع ، والذي تطور حديثاً تحت تسمية عقــد الليزنج Leasing أو التأجير التمويلي ، وهو مركب من عدة عمليات قانونية هي الإيجار ، الشراء ، الوكالة ، الائتمان ، تندمج معا لتصبــح عملاً قانونياً واحداً غيــر قابــل

---

(١) د/ السنهوري : ص ١٩٥

للانقسام (١)* .

أهميـــة التقســـيم :

يثير العقد المركب أو المختلط بعض الصعوبات المتعلقـة بتحديـد الأحكام القانونية التي تطبق عليه ، والغالب أن تطبق علي كـل عمليـة قانونية الأحكام الخاصة بها ، إلا أنه يمكـن تغليـب الأحكـام القانونيـة الخاصة بإحدى العمليات وتطبيقها علي العقد المركب في جملته ، لاسيما إذا كانت هي المقصودة أصلاً من العقد المركب ، كما فـي عقـد البيـع الإيجاري والذي نص المشرع علي اعتباره بيعاً ، ومن ثم تطبـق عليـه أحكام البيع (٢) . وفي عقد التليفون وهو يدور بين العمل والإيجار غلـب القضاء المصري عنصر عقد العمل ورفض من ثم دعوى استرداد الحيازة التي رفعها مشترك قطعت عنه الخدمة التليفونية (٣) .

---

(١) فعقد الليزنج هو أصلا عقد بيع ، ولكي يضمن البائع حصوله علي كامل الثمن فإنه يبرم العقد في صورة إيجار مع تخويل المستأجر حق تملك المبيع بانتهاء مدة الإيجار المتفق عليها ، وتكون الأجرة قسطا من الثمن ، ثم تطور هذا العقد بظهور مؤسسات مالية تقوم بتمويل العمليات التي يتضمنها ،وأتخذ في الوقت الحالي صورة تجهيز للمشروعات الصناعية والتجارية ، وتدخل المشرع الفرنسي لتنظيمه بالقانون الصادر في ١٩٦٦/٧/٢ .

- راجع الأستاذ الدكتور : إبراهيم الدسوقي : ص ٧٥ ، ولنفس المؤلف : البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى – مطبوعات جامعة الكويت – ١٩٨٤ .

(٢) انظر المادة / ٤٣٠ مدني مصري .

(٣) محكمة مصر الكلية الوطنية : ١٩٢٧/١٠/٣ مشار إليه لدى د/ السنهوري : هامش ١ – ص ١٩٦ .

تاسعا : العقود الفردية والعقود الجماعية :

تنقسم العقود من حيث تعدد أو عدم تعدد أطرافها إلي عقود فردية وعقود جماعية .

والعقد الفردي : هو الذي يربط بين طرفين ، سواء أكان كل طرف شخصاً واحد فيكون العقد عندئذ ثنائياً من حيث أطرافه وأشخاصه ، أو كان كل من طرفيه أو أحدهما متعدداً ، فيكون العقد عندئذ متعدد الأشخاص ولكنه ثنائي الأطراف [١] . ومن أمثلته عقد البيع . والعقد الفردي الصورة المعتادة للتعاقد .

أما العقد الجماعي : فهو العقد متعدد الأطراف وليس فقط متعدد الأشخاص ، ومثاله عقد الشركة حيث يبرم بين عدة أشخاص يمثل كل منهم طرفاً مستقلاً ، فيتعدد بذلك أطرافه [٢] .

إلا أن قانون العمل قد أفرز نوعاً جديداً من عقود العمل ، يبرم بين طرفين فقط وهو بهذا عقد فردي بالمعني السابق تحديده . ولكنه يتسم بالجماعية من حيث نطاق تطبيقه ، لكونه يبرم بين مجموعة من العمال ممثلين في نقابتهم أو منظمتهم العمالية في غالب الأحوال ، [illegible] احب العمل أو أصحاب الأعمال ممثلين في اتحادهم ولهذا [illegible] عي هـا العقد

---

(١) د/ إبراهيم الدسوقي : ص ٧٥ ، ص ٧٦ .
(٢) راجع : د/ إبراهيم الدسوقي : ص ٧٦ ، وأيضاً : " التنظيم القانوني لعلاقات العمل الجماعية وفقا للقانون الكويتي في ضوء القانون المقارن والقانون الدولي - مجلة الحقوق – س ١٨ – ع ٣ – سبتمبر ١٩٩٤ . "

عقد العمل الجماعي أو المشترك ، ويعني " التنظيم الجمـاعي المشـترك لشروط العمل وظروفه بين التمثيل النقابي للعمال وصـاحب أو أصـحاب الأعمال بما يكفل شروطا أو مزايا أو ظروفاً أفضل " [١] .

ويتميز هذا العقد بأن أحكامه لا تسرى علي طرفيه فقط (المنظمـة العمالية وصاحب العمل) وإنما علي كل من ينضم إلي العقد بعد إبرامه ، وهذا بعكس عقد العمل الفردي الذي لا يلزم سوى طرفيه فقط [٢] .

ومن تطبيقات العقد الجماعي أيضا العقود التـي تبرمهـا أغلبيـة الشركاء الذين لهم حق إدارة المال الشائع والتصـرف فيـه [٣] ، وعقـد الصلح الواقي من الإفلاس .

<u>أهميـة التقسيـم :</u>

تتمثل أهمية تقسيم العقود إلي عقود فردية وعقود جماعية في مدى سريان أحكام العقد علي أطرافه ، حيث يتميز العقد الجماعي بأن أحكامـه

---

(١) د/ الدسوقي : ص ٧٦ .
(٢) ومن ذلك أيضا العقود التي يبرمها اتحاد ملاك العقار المكون من عدة طوابق .
انظر المواد من ٨٦٢ : ٨٦٩ من التقنين المدني المصري .
(٣) د/ الدسوقي : ص ١٧ .

لا تسري علي طرفيه فقط وإنما علي كل من ينضم إلي العقد بعد إبرامه، أما العقد الفردي فلا يلزم سوى طرفيه وخلفهما العام والخاص بشروط معينة .

ويلاحظ أخيراً أن هناك تقسيمات أخري للعقود لا يتسع المجال لذكرها [١] .

عاشراً : تقسيم العقود في الفقه الإسلامي :

يلاحظ أن مؤلفات الفقه الإسلامي تعالج عقوداً معينة كانت شائعة في المعاملات آنذاك ، غير أنها في تناولها لتلك العقود ترتبها بناءاً علي اعتبار معين ينظر إليه الفقيه ، فينظر البعض إلي العوض من حيث وجوده وعدمه ، فيقسمون العقد إلي عقود معاوضة كالبيع والإجارة والشركة ، وعقود تبرع كالهبة والعارية والوديعة ، وعقود تبرع ابتداءاً ومعاوضة انتهاءاً كالكفالة والحوالة والوكالة والرهن [٢] ، وأحيانا نجد أن

---

(١) ومنها تقسيم العقود إلي عقود رئيسية وعقود تبعية ، فالعقد الرئيسي أو الأصلي هو العقد الذي يوجد مستقلاً بذاته غير مستند إلي عقد آخر فيرتب بذاته الحقوق والالتزامات بين الأطراف . أما العقد التبعي فهو عقد تابع لعقد أصلي ، فلا يقوم مستقلاً بل يرتبط بالعقد الأصلي في بقائه وزواله وصحته وبطلانه ومثاله عقد الكفالة وعقد الرهن ، وهناك أيضا تقسيم العقود إلي عقود مدنية وعقود إدارية ، حيث يكون العقد إداريا إذا توافرت ثلاثة أمور هي : ١ – أن يتعلق بمرفق عام ٢- أن يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام كالدولة، ٣- أن تستخدم فيه امتيازات السلطة العامة من قبل الشخص العام ، حول التقسيمات المذكورة راجع : د/ محي الدين إسماعيل علم الدين : نظرية العقد – دراسة مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية – الطبعة الثالثة – ص ١٣٩ وما بعدها .

(٢) د/ محي الدين إسماعيل : نفس المرجع – ص ١٠٧ .

العقود تنقسم إلي الودائع (الوديعة والعارية والرهن والشركة) والوكالات (الوكالة والمضاربة) والتوثيقات (الكفالة والحوالة والرهن) [1] .

وهناك من يقسمون العقد بحسب محله ، وهو التقسيم الذي أخذ به الأستاذ محمد قدري باشا في كتابة " رشد الحيران " وذلك في المواد من ٢٦٣ إلي ٢٦٦ .

حيث يقسم العقود إلي [2] :

١- عقود ترد علي الأعيان منقولة كانت أو عقاراً لتمليكها بعوض أو بغير عوض (مادة / ٢٦٣) .

٢- عقود ترد علي الأعيان لحفظها وديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضا ورد بدلها (مادة / ٢٦٤) .

---

(١) نفس الإشارة .

(٢) راجع : د/ السنهوري : مصادر الحق في الفقه الاسلامي – جـ١ – ص ٧٩ .

- وقد أخذت بعض التشريعات العربية بهذا التقسيم ، ومنها القانون المدني العراقي (مادة / ٧٤)، والقانون المدني السوري ، وكذا القانون المدني المصري حيث قسم العقود الي : ١- عقود تقع علي الملكية (البيع – المقايضة – الهبة – الشركة – القرض والدخل الدائم – الصلح).

٢- عقود ترد علي الانتفاع بالشيء (الإيجار – العارية) . ٣ – عقود ترد علي العمل (المقاولة والتزام المرافق العامة – العمل – الوكالة – الوديعة – الحراسة) . ٤- عقود الغرر (المقامرة والرهان – الراتب مدى الحياة – عقد التأمين) . ٥- الكفالة .

٣- عقود ترد علي منافع الأعيان للانتفاع بها بعـوض إجـارة أو بغير عوض (إعارة) ورد عينها لصاحبها (مادة / ٢٦٥)

٤- عقود ترد علي عمل معين من الأعمال الصناعية أو علي خدمة معينة (مادة / ٢٦٦) .

إلي جانب ما تقدم ، توجد تقسيمات أخري للعقود في الفقه الإسلامي أهمها ما يلي :

(أ) تقسيم العقود باعتبار الصحة وعدمها :

تنقسم العقود من حيث كونها صحيحة أو غير صحيحة إلـى ثلاثـة أنواع هي :

١- العقد الصحيح : وهو العقد الذي توافرت فيه شروط الانعقـاد وشروط الصحة حيث يكون بذلك مشروعاً بأصله ووصفه ، فهو مشروع بأصله لاكتمال أركانه الأساسية التي لا يقوم بدونها ، ومشروع بوصـفه لاكتمال شروط صحته [١] . أي أن أوصافه الخارجة عن الركن والشـرط ليس فيها ما يخالف الشرع [٢] .

٢- العقد الباطل :وهو ما لا يكون مشروعاً بأصله ولا بوصفه[٣]، فهو ما لم يشرع أصلاً لعدم توافر أركانه وشرائطه [٤] . وبالتالي لا يترتب عليه أي أثر ، سواء اتصل به القبض أو لم يتصل [٥] .

(١) د/ ابراهيم الدسوقي : المرجع السابق - ص ٧٧ .
(٢) د/ محمد هاشم محمود : صيغة العقد في الفقه الإسلامي - مكتبة بداري بأسيوط - ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م - ص ٢٥ .
(٣) د/ محمد هاشم : ص ٢٦ .
(٤) الزيلعي : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - جـ ٤ - ص ٤٤ .
(٥) مشار إليه لدى د/ محمد هاشم : هامش ٨٨ - ص ٢٧ .

٣- العقد الفاسد : وهو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه ، ومثاله بيع شيء لا يستطيع البائع تسليمه ، أو اشتمال العقد علي شرط مخالف ، لمقتضى العقد ، كما لو باعه داراً علي أن يسكنها البائع شهراً ثم يسلمها له [١] . والعقد الفاسد يفيد الملك إذا اتصل به القبض [٢] .

هذا والتفرقة بين الباطل والفاسد مذهب الحنفية ، أما الجمهور من الشافعية والحنابلة والمالكية فلم يفرقوا بين الباطل والفاسد ، فهما مترادفان عندهم ، وهما مقابلان للصحيح ، فكلاهما عقد غير صحيح [٣] .

(ب) تقسيم العقود باعتبار النفاذ وعدمه :

ينقسم العقد الصحيح من حيث مدى نفاذه إلي عقد نافذ ، وعقد موقوف :

١- العقد النافذ : هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير [٤] . ذلك لأن شروط نفاذ العقد في الفقه الإسلامي تتمثل في شرطين أساسين : الأول : ولاية إبرام العقد ، بأن يكون العاقد مالكاً لمحل العقد وكامل الأهلية ، والثاني : ألا يتعلق بالعقد حق للغير [٥] .

---

(١) الكاساني : بدائع الصنائع – جـ ٥ – ص ١٦٩ .

(٢) تبيين الحقائق – جـ ٤ – ص ٤٤ .

(٣) د/ محمد هاشم : ص ٣٠ والمراجع الشرعية المشار إليها بهامش ١٠٠ ، د/ إبراهيم الدسوقي : ص ٧٨ ..

(٤) د/ محمد هاشم محمود : ص ٣٣ .

(٥) د/ إبراهيم الدسوقي : ص ٧٩ .

٢ – العقد الموقوف : هو ما تخلف فيه شروط النفاذ ، بأن تعلق به حق للغير ، أو لم تتوافر للعاقد فيه ولاية إبرام العقد [١] .

فالعقد الموقوف هو الذي توافرت فيه شروط الانعقاد والصحة ، وتخلف فيه شرط من شروط نفاذه وترتيب آثاره [٢] .

وعرف أيضاً بأنه : " ما يصح بأصله ووصفه ويفيد الملك على سبيل التوقف ، ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير " [٣] .

(ج) تقسيم العقود باعتبار اللزوم وعدمه :

---

(١) د/ عبد الحكيم علي المغربي ، د/ محمد رشدي محمد إسماعيل : العقود في الشريعة الإسلامية – الطبعة الأولي – دار الطباعة المحمدية – القاهرة – ١٣٩٦ – ١٩٧٦ م – ص ٧٠ .

(٢) د/ إبراهيم الدسوقي : ص ٧٩ .

- ولمزيد من التفصيل حول العقد الموقوف ، راجع : د/ محمد زكي عبد البر : العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المصري – مجلة القانون والاقتصاد – س ٢٥ – ص ١١٦ وما بعدها ، د/ عبد الرزاق حسن فرج : نظرية العقد الموقوف – القاهرة – ١٩٦٩ .
- وتجدر الإشارة إلي أن بعض الشافعية والحنابلة لا يعترفون بالعقد الموقوف . ويعتبرونه عقداً باطلاً أو فاسداً ، انظر : المغني لأبن قدامه – جـ ٤ – ص ٢٠٥.

(٣) مشار إليه لدي : د/ محمد هاشم : هامش ١١٢ – ص ٣٣ .

تنقسم العقود من حيث مدى لزومها إلى عقد لازم ، وعقد غير لازم :

١- العقد اللازم : وهو ما لا يمكن رفعه [١] ، أي لا يمكن لأحد العاقدين أن يفسخه بإرادته المنفردة أي دون رضا الطرف الآخر [٢] . ومثال ذلك البيع الذي ليس فيه خيار من الخيارات التي تجيز الرجوع كخيار الشرط وخيار العيب .

٢- العقد غير اللازم (أو الجائز) : وهو ما يكون لأحد العاقدين أو كليهما أن يفسخه دون رضا الطرف الآخر [٣] ، فهو عقد صحيح ولكن تخلف فيه أحد شرطي لزومه وهما :-ألا يكون العقد ، بطبيعته أو باتفاق طرفيه ، جائز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد طرفيه أو لكليهما ، وأن يكون العقد خالياً من الخيارات التي تجيز الرجوع في التعاقد كخيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب [٤] .

(د) تقسيم العقود باعتبار الغرض منها :

---

(١) د/ محمد هاشم : ص ٣٨ ، وهامش ١٣١ .

(٢) د / محمد هاشم : ص ٣٩ ، فالعقد اللازم أما لا يقبل الفسخ إطلاقا حتى ولو اتفق طرفاه علي الفسخ مثل الزواج حيث لا يمكن فسخه وإزالته (أي رفع آثاره) بل يترتب عليه آثاره بمجرد حصولها لان طبيعته تقتضي اللزوم . وقد يقبل العقد اللازم الفسخ باتفاق طرفي العقد مثل البيع ، راجع : د/ عبد الحكيم المغربي ، د/ محمد رشدي إسماعيل : المرجع السابق – ص ٧٣ .

(٣) د/ محمد هاشم : ص ٣٩ .

(٤) د/ إبراهيم الدسوقي : ص ٧٩ . ص ٨٠ .

- وحول فكرة العقد غير اللازم راجع أيضا : د/ إبراهيم الدسوقي : العقد غير اللازم – دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية – الكويت – ١٩٩٤ . ولنفس المؤلف: الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا – مجلة المحامي – الكويت – ١٩٨٥ (اعداد يوليو / أغسطس / سبتمبر) - ص ١١ وما بعدها .

تنقسم العقود بالنظر إلى الغرض منها إلى [١]* .

١- عقود تمليك : وهي على ثلاثة أنواع : عقود معاوضـــات كـــالبيع ، وعقود تبرعات كالهبة ، وعقود تعد تبرعات ابتداءً معاوضات انتهاء كالقرض .

٢- عقود المشاركات : وهي الشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة .

٣- عقود التوثيقات : كالرهن والكفالة والحوالة .

٤- عقود الاطلاقات : أي الإذن بالتصرف والتفويض فيه كالوكالة والوصاية .

٥- عقود الاستحفاظ : وهو عقد الوديعة .

وبعد ، كانت تلك إطلالةً سريعة على تقسيم العقود في الفقه الإسلامي .

---

(١) د / محمد هاشم محمود / المرجع السابق – ص ٤٠ ، ص ٤١ .

المبحث السادس

التنظيم التشريعي للعقد في القانون المدني المصري

نظم المشرع المصري العقد باعتباره مصدراً للالتزام في المواد من ٨٩ – ١٦١ من القانون المدني ، حيث تناول المشرع أركان العقد وآثاره وانحلاله ، وذلك من خلال أحكام وقواعد عامة تنطبق علي جميع العقود – ما لم تقتض طبيعة عقد ما حكماً خاصاً – وبالتالي فقد نظم المشرع المصري ما يمكن تسميته بالنظرية العامة للعقد .

وإلي جانب ذلك فقد خصص المشرع الكتاب الثاني لتنظيم بعض العقود الهامة والتي أطلق عليها تسمية " العقود المسماة " ، ومن ثم وضع لها المشرع قواعد قانونية تتلاءم وطبيعتها ، وتناول أحكام كل عقد بالتفصيل .

وتقتصر دراستنا في هذا المؤلف علي تناول النظرية العامة للعقد (١).

---

(١) اما بالنسبة للعقود المسماة ، فتتم دراسة أهمها وهي البيع والإيجار والتأمين في مقرر السنة الثالثة بكليات الحقوق .

الفصل الثاني

إبـــرام (إنعقـــــاد) العقـــد

تمهيـــــد :

يقوم العقد علي التراضي ، وهذا الأخير ينصب علي محل معـــين ، ويستند إلي سبب مشروع ، ومن ثم فإن التراضي هو ركن العقد . وقـــد تفرقت كلمة الفقهاء حول موضع المحل والسبب ، وهل هما من أركـــان الالتزام أم من أركان العقد ؟ ولعل ذلـــك يرجـــع إلـــي مســـلك المشـــرع المصري، حيث يتحدث المشرع عن محل الالتزام وليس محل العقد ، وعن سبب لالتزام وليس سبب العقد ، ولهذا ذهب الـــبعض إلـــي أن المحـــل والسبب ركنين في الالتزام وليس في العقد ، وهناك من يعتبر المحل ركناً في الالتزام والسبب ركناً في العقد . ويري البعض أن محل الالتزام يختلف عن محل العقد ، كما أن سبب الالتزام يختلف عن سبب العقد (١) .

أيا كان الأمر ، فإن أهمية المحل والسبب لا تظهر إلا في الالتـــزام الإرادي عامة ، والعقدي خاصة .

بل أن التحليل الدقيق لعناصر العقد يؤدي إلي اعتبار المحل والسبب من عناصر الإرادة ، ذلك لأن الإرادة التي يعتد بها القانون هي تلك التـــي

---

(١) راجع حول هذا الخلاف بالتفصيل : أستاذنا الدكتور / جميل الشرقاوي : طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني – مجلة القانون الاقتصاد – س ٢٤ – ص ٢٩٣ وما بعدها .

تتجه إلي التعاقد وهي علي بينة من المحل ، ومدركة للسبب ، وإلا كانت إرادة غير واعية لا يعتد بها القانون ، ومن ثم فإن الإرادة هي ركن العقد، أما ركن المحل فهو مضمون الرضاء ومحتواه ، وركن السبب هو غاية سبب الإرادة أو الرضاء [١] .

ومن ثم فإن أركان العقد باعتبارها عناصر الإرادة ، هي التراضي والمحل والسبب ، يضاف إلي ذلك الركن الشكلي في العقود الشكلية ، والتسليم في العقود العينية ، ولكننا لا نتحدث عن الركن الشكلي والتسليم حيث سبقت الإشارة إليهما تحت دراسة تقسيمات العقود .

وإذا تخلف ركن أو شرط في العقد كان الجزاء هو البطلان .
نقسم الحديث عن إبرام (انعقاد)العقد إذن إلي أربعة مباحث كالتالي:

<u>المبحث الأول</u> : التراضي .

<u>المبحث الثاني</u> : المحل .

<u>المبحث الثالث</u> : السبب .

<u>المبحث الرابع</u> : جزاء تخلف أركان وشروط العقد (البطلان) .

---

(١) من هذا الرأي : د / جميل الشرقاوي : ص٨٣ ، ص٨٤ ، د / إبراهيم أبو الليل : ص٨٤ .

المبحث الأول

" التراضـــــي "

أشرنا إلى أن التراضي هو جوهر العقـد ، ولابـد أن يوجـد هـذا التراضي ، وأن يكون صحيحاً ، كما توجد صور خاصة للتراضي .

وهكذا ينقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول : وجود التراضي .

المطلب الثاني : صحة التراضي .

المطلب الثالث : صور خاصة للتراضي .

المطلب الأول

" وجود التراضي "

لكي يوجد التراضي لابد من وجود إرادة التعاقد لدى كل متعاقـد ، وأن يتم التعبير عنها ، وأن يكون هناك ارتباط وتوافق بين الإرادتين وهو ما يعبر عنه بتطابق الإرادتين أو الإرادة المشتركة للمتعاقدين .

الفـــــــرع الأول

" وجود إرادة التعاقد والتعبير عنها "

لابد أن توجد إرادة التعاقد أولاً لدى كل متعاقد ، وأن يتم إخراجهـا إلي حيز الوجود بوسائل معينة ، ومن ثم نتحدث أولاً عــن وجــود إرادة التعاقد ، ثم يعقب ذلك الحديث حول التعبير عن إرادة التعاقد ، وذلك علي النحو التالي :

الغصن الأول

" ضرورة وجود إرادة التعاقد "

يتحلل التراضي في الواقع إلي إرادتين ، كل منهما تسمى إرادة التعاقد ، وهذه الإرادة لابد من وجودها أولاً علي النحو الذي رسمه القانون لكي يمكن الحديث عن ركن التراضي [١] .

وتعني الإرادة بصفة عامة ، العزم والتصميم علي أمر ما ، ومن ثم يقصد بإرادة التعاقد " العزم والتصميم علي التعاقد " ، أي علي إبرام عقد بقصد إحداث أثر قانوني [٢] .

الشروط الواجب توافرها في إرادة التعاقد :

لكي توجد إرادة التعاقد ، ويعتد بها القانون ، لابد من أن يتوافر بها ما يلي :

أولا : ضرورة أن يعي المتعاقد أمر التعاقد وأن يقصده (الوعي والاختيار) : لابد وأن تصدر إرادة التعاقد عن وعي بأمر التعاقد أي أن تصدر عن إدراك وتمييز من جانب صاحبها (الإدراك والتمييز) ، وأن تكون لدى الشخص الحرية والاختيار في التعاقد (الحرية والاختيار) .

---

(١) يتحدث الفقه عن ركن التراضي مباشرة . ولا يحلل هذا الركن التحليل الذي ذكرناه ، باستثناء نفر قليل من الفقهاء .

(٢) د / ابراهيم الدسوقي : المرجع السابق – ص٨٨ .

وبناءاً عليه ، تنعدم إرادة التعاقد إذا كانت لم تصدر أصلا عن صاحبها كما لو كان العقد برمته مزوراً ، أو كان التوقيع مزوراً .

وقد افترض المشرع الإدراك والتمييز ببلوغ سن السابعة [١] ، وبالتالي فمن هو أقل من هذه السن لا تتوافر لديه إرادة التعاقد ولا يمكنه إبرام العقد ، وهو افتراض نهائي لا يقبل إثبات العكس ، كما ينعدم التمييز لدى المجنون (فيما عدا فترة الإفاقة) ، والمعتوه [٢] .

وإذا كانت إرادة التعاقد قد انتزعت بالقوة من صاحبها ،أو كانت قد صدرت تحت تأثير التنويم المغناطيسي فلا يعتد بها ، وتكون معدومة [٣] .

ثانيا : ضرورة اتجاه الإرادة إلي إحداث أثر قانوني :

يجب فضلا عما تقدم ، أن تكون الإرادة جادة وجازمة ، بمعني أن تتجه إلي إحداث أثر قانوني ، أي أن تقصد الالتزام القانوني .

ومن ثم لا يعتد القانون بالإرادة غير الجادة (الهزلية) التي لا تصاحبها نية الالتزام قانوناً ، وكذلك الإرادة التي تصدر في نطاق المجاملات الاجتماعية كدعوة صديق علي الغذاء ، وقبول الصديق هذه الدعوة حيث لا يرتب القانون علي الإخلال بهذه الدعوة أي اثر قانوني [٤] .

---

(١) وهذا مستفاد بمفهوم المخالفة من نص المادة ٢/٤٥ مدني مصري .
(٢) مادة / ١/٤٥ مدني مصري .
(٣) د / ابراهيم الدسوقي : ص٨٨ .
(٤) حيث يحكم ذلك قواعد المجاملات الاجتماعية ، وجزاء مخالفتها هو المعاملة بالمثل .

ولا يعتد القانون بالإرادة الصورية (لاسيما فيما بين المتعاقدين) ، فإذا أبرم الأطراف عقدا ظاهريا أو صوريا بقصد إخفاء التصرف الحقيقي ؛ فإن القانون لا يعتد إلا بالعقد الحقيقي في العلاقة بين المتعاقدين ، لأن الإرادة قد اتجهت إليه [١] .

كما لا يعتد القانون بالإرادة المعلقة على محض المشيئة [٢] ، إذ لا وجود لها في الواقع ، ولا بالإرادة المقترنة بتحفظ ذهني يجعل منها إرادة غير باتة [٣] .

<u>عبء إثبات إرادة التعاقد :</u>

وفقا للقواعد العامة في الإثبات ، فإن عبء إثبات توافر إرادة التعاقد يقع على عاتق من يدعي ذلك ، ويجوز إثبات إرادة التعاقد بكافة طرق الإثبات ومنها البينة وذلك باعتبارها مسألة واقع ، كما يترك لمحكمة الموضوع سلطة تقدير توافر إرادة التعاقد من واقع ظروف الدعوى والملابسات التي تحيط بها .

ونظرا لصعوبة إثبات الإرادة – إذ هي أمر نفسي – ومراعاة لاستقرار التعامل ، فقد افترضت بعض التشريعات توافر الإرادة عند إجراء

---

(١) انظر المادة / ٢٤٥ مدني مصري .
(٢) د / أحمد شوقي عبد الرحمن : البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الارادية – منشأة المعارف بالاسكندرية - ص٢٩ .
(٣) كان هناك نص في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يقضي بالاتي : " لا يكون التعبير عن الإرادة باطلا لمجرد أن صاحبه قد أضمر غير ما أظهر ، ولكنه باطلا إذا كان من وجه إليه يعلم بهذا التحفظ الذهني " غير أن هذا النص قد حذف .

التصرف القانوني ، غير أن الأمر يتعلق بقرينة بسيطة تقبل إثبات العكس [1] ، وتستبعد القرينة المذكور إذا ما قرر القانون حكماً مخالفاً ، وبالتالي لا تطبق إذا كان من صدرت عنه الإرادة أقل من سبع سنوات .

الغصن الثاني

" التعبير عن إرادة التعاقد "

مما لا شك فيه إن الإرادة أمر نفسي ، وبالتالي تظل بعيدة عن دائرة القانون طالما ظلت كامنة في النفوس ، ولا يعتد بها القانون إلا إذا خرجت إلي حيز الوجود وذلك بالتعبير عنها .

ويحتاج الأمر بيان كيفية التعبير عن الإرادة ، والحكم في حالة اختلاف الإرادة المعبر عنها عن الإرادة الحقيقية ، وبيان الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ،ثم نتطرق لدراسة التعبير عن الإرادة بواسطة النائب ، وعليه نقسم الحديث في هذا الصدد إلي المسائل الأربعة التالية :

المسألة الأولي : كيفية (وسائل) التعبير عن الإرادة .

المسألة الثانية : الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة .

---

(١) راجع المادة ٢/٣٣ من التقنين المدني الكويتي . ولا يوجد نص مماثل في القانون المصري ، وبالتالي يترك الأمر لتقدير محكمة الموضوع .

المسألة الثالثة : الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره .

المسألة الرابعة:التعبير عن الإرادة بواسطة نائب(النيابة في التعاقد)

المسألة الأولي

" كيفية (وسائل) التعبير عن الإرادة "

وفقا لنص المادة /٩٠ من التقنين المدني المصري فإن :

١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود .

٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان علي أن يكون صريحاً " [١] .

وهكذا يتضح ضرورة أن يتم التعبير عن الإرادة ، وذلك بوسيلة من الوسائل المذكورة في النص ، أو بأية وسيلة أخرى تؤدي المعنى .

فالأصل – إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة – أن يتم التعبير عن الإرادة بأي وسيلة طالما كانت كافية للإفصاح عنها ، وقد ذكر النص بعض

---

(١) ويقابله نص المادة /٣٤ من التقنين المدني الكويتي ، غير أن نص المادة المذكورة يضيف " المبادلة الفعلية الدالة علي التراضي ، فضلا عن أن النص الكويتي يضيف عبارة هامة ألا وهي " وذلك ما لم يتطلب القانون في حالة خاصة حصول التعبير عن الإرادة علي نحو معين " .

وسائل التعبير عن الإرادة ، إذ يمكن أن يتم التعبير عن الإرادة باللفظ كأن تقول " أبيع لك هذه السيارة بمبلغ كذا " ، كما يمكن أن يتم ذلك بالكتابة كأن ترسل رسالة لشخص أخر تعرض عليه فيها بيع منزل تملكه بسعر معين ، وكذلك يمكن أن يتم التعبير عن إرادة التعاقد بالإشارة المتداولة عرفاً ، وقد جرت العادة علي أن تحريك الرأس أفقياً دليل علي الرفض ، ولكن تحريك الرأس عمودياً دليل علي الموافقة . وفضلا عن ذلك يمكن أن يتم التعبير عن إرادة التعاقد باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته علي حقيقة المقصود منه ، ومن أمثلة ذلك عرض التاجر بضائعه للجمهور مع بيان أسعارها ، حيث يشكل ذلك إيجاباً موجهاً للجمهور بالبيع [1] .

كما يمكن أن يتم التعبير عن إرادة التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة علي التراضي ، ومن أمثلة ذلك أن يسلم المشتري الثمن للبائع ، فيسلمه هذا الأخير الشيء المبيع دون كلام بينهما [2] .

(١) وكذلك وقوف سيارات الأجرة في المكان المخصص لها ، وبقاء المستأجر في العين بعد انتهاء مدة الإيجار وقبول المؤجر الأجرة عن المدة اللاحقة .

(٢) يسمي ذلك " تعاقد المعاطاة " في الفقه الإسلامي ، وللمزيد من التفصيل حول التعبير عن الإرادة انظر : د/ وحيد سوار : التعبير عن الارادة في الفقه الإسلامي – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – ١٩٦٠ .

ويستوى أن يصدر التعبير عن صاحبه إلي الموجه إليه مباشرة دون وساطة ، أو أن يتم ذلك بوساطة جهاز الهاتف ، أو عن طريق الإنترنت ، أو التليفزيون [١] ، أو عن طريق رسول لا يكون نائباً .

وإذا تم التعبير عن الإرادة كتابة ، فلا يشترط أن تكون الكتابة رسمية ، بل تكفي الكتابة العرفية ، ويستوي أن تكون موقعة أو غير موقعة ، أو أن تكون مطبوعة أو بخط اليد كما يمكن أن تكون بأية لغة،[٢] طالما كانت معبرة بوضوح عن إرادة التعاقد .

<u>التعبير الضمني عن إرادة التعاقد :</u>

يكون التعبير ضمنياً إذا تم عن طريق وسيلة لم توضع أصلاً للإفصاح عن الإرادة ولا تدل بذاتها علي حقيقتها ، إلا أن ظروف الحال تسمح باستخلاص إرادة التعاقد من هذا التعبير [٣] ، فالتعبير يعد ضمنياً إذا اتخذ مظهراً لا يعد في ذاته كاشفاً عن الإرادة ، ولكن لا يمكن تفسيره – مع ذلك – دون أن يفترض وجود هذه الإرادة [٤] .

---

(١) يثير التعبير عن الإرادة بواسطة التلفزيون بعض المشكلات القانونية ، انظر في هذه المشكلات ومقترحات حلها :الزميل أ٠ د / أحمد السعيد الزقرد : حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التليفزيون – مجلة الحقوق – جامعة الكويت – س١٩ – ع٣ – سبتمبر ١٩٩٥ .

(٢) د / حسام الدين الأهواني : المرجع السابق – ص٣٦ .وحول التعبير عن الإرادة بواسطة الإنترنت راجع : د / رامي محمد علوان : التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني – مجلة الحقوق – الكويت - س ٢٦ – ع ٤ ص ٢٢٩ .

(٣) د/ إبراهيم أبو الليل : المرجع السابق – ص ٩٢ .

(٤) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٩٢ .

ومن تطبيقات ذلك ، تصرف شخص في شـيء عـرض عليـه ليشتريه ، حيث يعد ذلك دليلاً علي قبوله شراء هـذا الشـيء ، وبقـاء المستأجر في العين المؤجرة بعد نهاية الإيجار وصدور عمل منه يدل علي أنه أرد تجديد العقد ، وكذلك قبول الوكيل الوكالة بتنفيذها (١) .

وقد أجاز المشرع التعبير الضمني عن الإرادة ، ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان علي أن يكون التعبير صريحاً (٢) . ومـن أمثلـة ذلـك اشتراط التعبير الصريح في العقود الشكلية ، وكذلك بالنسبة للتنازل عـن الإيجار ، وكذلك اتفاق المؤجر مع المستأجر علي أن يكون التعبير عـن إرادة تجديد عقد الإيجار صريحاً وذلك بأن يتم كتابة . كما قـد تسـتلزم طبيعة المعاملة أن يكون التعبير صريحاً ومن أمثلة ذلك التعهـد بتنفيـذ التزام طبيعي ، حيث أن هذا التعهد يحوله إلي التـزام مـدني ، ونظـراً لخطورة هذا الأثر لابد وأن يكون التعبير صريحاً (٣) .

دلالة السكوت علي الإرادة :

الأصل أن السكوت لا يعبر عن الإرادة ، وذلك تطبيقاً للقاعدة الشرعية " لا ينسب لساكت قول " ، ويتحقق هذا بالنسبة للإيجاب ، حيث يجـب أن يكون صريحاً .

---

(١) د / إبراهيم أبو الليل : ص ٩٢ .

(٢) مادة ٢/٩٠ مدني مصري .

(٣) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٩٢

أما القبول ، فهناك قاعدة مؤداها " السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعد قبولاً " ، وهو ما يعرف باسم السكوت الملابس ، وسوف نوضح ذلك تفصيلاً عند دراسة القبول .

وأخيراً ، يمكن القول أن المشرع يتطلب في حالات معينة أن يتم التعبير عن الإرادة في شكل خاص ، ومن أمثلة ذلك اشتراط الرسمية في عقد الرهن الرسمي ، وكذلك في عقد الهبة [١] .

المسألة الثانية

الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة

وضع المشكلة :

تقدم أن الإرادة أمر نفسي ، لابد من التعبير عنه حتى يخرج إلي حيز الوجود ، وإذا جاء التعبير مطابقاً للإرادة الحقيقية فلا تثور أدني مشكلة ، وينعقد العقد استناداً إلي الإرادة الحقيقية للمتعاقد ، والتي تم التعبير عنها تعبيراً صحيحاً .

غير أن التعبير قد يأتي – علي نحو أو آخر – مخالفاً للإرادة الحقيقية فلا يكون التعبير في هذه الحالة صورة صادقة للإرادة الكامنة في

---

(١) وفقا للمادة ١٠٣١ /١ من القانون المدني : " لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية " . وانظر المادة / ٤٨٨ التي تشترط الرسمية في هبة العقار ، والقبض في هبة المنقول .

نفس صاحبها والذي أراد به نقلها إلي علم الغير ، كـأن يضـع تـاجر ، سهواً منه ، ثمناً علي سلعة أقل من الثمن الذي يقصد البيع بـه . ففـي مثل هذه الحالة تكون هناك ارادتان : إرادة حقيقية باطنة ، وارادة ظاهرة تخالف الإرادة الباطنة .

والتساؤل المطروح هو : بأي الارادتين نعتد في التعاقد ؟

توجد نظريتان بصدد الإجابة علي التساؤل المذكور ، الأولي تسـمي " نظرية الإرادة الباطنة " ، والأخرى يطلق عليها " نظرية الإرادة الظاهرة".

وسنلقي كلمة موجزة عنهما ، ونبين موقف المشرع المصري منهما :

أولاً: نظرية الإرادة الباطنة:

وفقا لهذه النظرية – والتي يؤخذ بها في فرنسا بصفة أساسية – فإن التعبير عن الإرادة ليس إلا وسيلة لنقلها إلي علم الغير ، فلا قدرة للتعبير بذاته علي إنشاء العقد ، بل تتأسس قيمته في تكـوين التراضـي علـي مطابقته للإرادة الحقيقية (١) ، ومن ثم فإن العبرة بالإرادة الحقيقية وليس بالتعبير الذي جاء مخالفاً لها ، فالمعول عليه هو توافق الارادتين ولـيس توافق التعبيرين ، حيث أن مظهر التعبير عن الإرادة ليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس (٢) .

---

(١) د / محمود جمال الدين زكي : المرجع السابق – ص ٦٤ .
(٢) د/ السنهوري : ص ٢٢٢ .

وإذا تعذر الوصول إلي الإرادة الحقيقة ، فإن علي القاضي أن يتعرف عليها عـن طريق الافتراض ، فـالإرادة الحقيقيـة أولاً ، وإلا فـالإرادة المفترضة [١] .

والواقع أن نظرية الإرادة الباطنة نتيجة حتمية لمبدأ سلطان الإرادة ، الذي يستند بدوره إلي أعتبارات خلقية واضحة [٢] . وهذه النظرية تـوفر حماية لمن أصدر التعبير على حساب من تلقى التعبير [٣] .

ثانياً : نظرية الإرادة الظاهرة

وهي نظرية ألمانية ، تذهب إلى أن المظهر الخارجي للإرادة ليس مجـرد دليل عليها ، بل هو جوهرها ، إذ هو الظاهـرة الاجتماعية التي تصـل إلى علم الغير ، ويعتمـد عليهـا ، وينشـأ عنها الأثر القانوني [٣] .

ذلك لأن القانون لا يعتد بالظواهر النفسية ، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في العالم النفسي . فالإرادة التي يعتد بها هي الإرادة الظاهرة ، حتـى لو كان التعبير عنها لا يتفق تماماً مع حقيقة قصد من صدر عنه ، وفـي هذا ما يحقق استقرار التعامل ويبث الطمأنينة والثقة في نفـس المتعاقـد (من وجه إليه التعبير عن الإرادة) [٤] . وهذه النظرية تحمي من وجـه إليه التعبير على حساب من أصدره .

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكي : ص ٦٥ .
(٢) د/ الأهواني : ص ٤١ .
(٣) د/ محمود جمال الدين زكي : ص ٦٥ .
(٤) د/ السنهوري : ص ٢٢٣ ، د/ الأهواني : ص ٤١ .

ويرى البعض أن الفارق بين النظريتين محدود الأثر من الناحية العملية ، ذلك لأن صعوبة إثبات الإرادة الباطنة يؤدي إلى عدم إهمال التعبير عن الإرادة ، كما أن مبادئ المسئولية التقصيرية كفيلة بحماية الغير الذي اطمأن إلى إعلان الإرادة ، في الحالات القليلة التي ينجح فيها من أصدر التعبير في إثبات إرادته الباطنة [1] .

غير أننا نرى أن هناك نتائج معينة تترتب على الأخذ بأي من النظريتين دون الأخرى ، أهمها ما يلي [2]* :

١- إذا أخذ القاضي بالإرادة الظاهرة عند تفسير العقد ، فهو يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإادة ، دون أن يكون ملزملاً بالبحث عن الإرادة الحقيقية الباطنة ، فالقاضي يفسر العقد في

٢- تصبح مسألة تفسير العقد مسألة قانون وليست مسألة واقع ، في حالة الأخذ بالإرادة الظاهرة ، ومن ثم يخضع حكم القاضي لرقابة محكمة النقض .

وتترتب نتائج مغايرة إذا أخذ القاضي بنظرية الإرادة الباطنة.

---

(١) د/محمود جمال الدين زكي : ص ٦٦ ، ص ٦٧ .

- ويلاحظ أن أنصار نظرية الإرادة الظاهرة لا يشترطون وسيلة معينة للتعبير عن الإرادة ، فقط يعولون علي الإرادة المعبر عنها بأي وسيلة .

(٢) انظر في ذلك ،د/ عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام –دار النهضة العربية – القاهرة – بدون سنة نشر – ص ٨٩ .

ثالثاً : موقف المشرع المصري

كان التقنين المدني القديم يعتد بالإرادة الباطنة ، ويرى البعض أن التقنين المدني الحالي مال قليلاً نحو الإرادة الظاهرة في بعض الحالات ، وذلك فيما يتعلق بإبرام العقد وشروط صحته ، فالتقنين المدني الحالي قد أكمل نظرية الإرادة الباطنة بنظرية الإرادة الظاهرة (١) .

على حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن التقنين المدني الحالي يأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة من حيث المبدأ وليس بنظرية الإرادة الباطنة، على أنه لا يقف عند الإرادة كما تظهر في التعبير وحده ، لأن هذه شكلية غير مقبولة في قانون حديث ، بل هو يعتد بجميع الظروف التي صاحبت التعبير ، فيأخذ بالإرادة التي استطاع من وجه إليه التعبير أن يتعرفها فعلاً أو كان يستطيع أن يتعرفها من خلال هذا التعبير مستعيناً بجميع الملابسات الموضوعية التي يجب عقلاً أن تدخل في اعتباره ، فالإرادة التي يعتد بها هي الإرادة التي يمكن التعرف عليها (٢) .

ويرى البعض أن الرأي الأخير لا يأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة وإنما بنظرية الثقة المشروعة التي تسود في القانون السويسري ، وعلى الأخص في قانون الالتزام ، ولقد تأثر المشرع المصري فعلاً بهذه النظرية، والتي تمثل حلاً وسطاً بين نظريتي الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة ، والدليل على اعتناق المشرع المصري لهذه النظرية التنظيم

---

(١) د/ السنهوري : ص ٢٢٥ ،ص ٢٢٦ .

(٢) مشار إليه لدى : د/ الأهواني : هامش ١ – ص ٤٣.

التشريعي لعيوب الإرادة في القانون المصري ، حيث لا يكفي توافر العيب بل يجب أن يكون معلوماً أو يمكن العلم به من جانب المتعاقد الآخر ، وكذلك ما جاء بنص المادة / ٨٩ من التقنين المدني من أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، إذ العبرة بتعبير يطابق الإرادة .[1]

رأينا في الموضوع :

الحقيقة أنه لا يمكن لأي قانون أن يأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة بصفة مطلقة ، ولا بنظرية الإرادة الباطنة بصفة مطلقة ، وإنما لابد وأن يجمع بين النظريتين ، حقاً إن بعض التشريعات تأخذ بنظرية الإرادة الباطنة كأصل عام ، وبعضها الآخر يعتنق نظرية الإرادة الظاهرة من حيث المبدأ ، إلا أن أي تشريع لا يعتنق إحدى النظريتين فقط وبصفة قاطعة .

وما يقال عنه نظرية الثقة المشروعة أو نظرية الإرادة التي يمكن التعرف عليها ، لا يخرج عن كونه مزيج من نظريتي الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة ، ولنأخذ مثلا بالتقنين المدني الكويتي ، والذي يقول

---

(١) د / الأهواني : ص ٤٣ ، ص ٤٤ . وتعني نظرية الثقة المشروعة أن من يصدر التعبير عن الإرادة يلتزم بإعلانه للمعني الذي يستطيع ويجب أن يتعرف عليه ويستخلصه بحسن نية من وجه إليه التعبير ، ويجب علي وجه إليه التعبير أن يحدد المعني الذي يتعرف عليه وفقا لسلوك الشخص المعتاد ، وشرف التعامل .

عنه البعض أنه يأخذ بنظرية الإرادة التي يمكن التعرف عليها ، حيث تنص المادة / ٣٨ من هذا التقنين على أنه : "

١-إذا اختلف التعبير عن الإرادة مع حقيقة قصد صاحبه ، كانت العبرة بالقصد .

٢- ومع ذلك يجوز لمن وجه إليه التعبير عن الإرادة أن يعتد به بالرغم من مخالفته لحقيقة قصد صاحبه إذا أثبت أنه عول عليه ، معتقدا مطابقته لحقيقة الإرادة من غير أن يكون من شأن ظروف الحال أن تثير الشك في تلك المطابقة . "

فمن وجهة نظرنا ، يأخذ المشرع الكويتي بنظرية الإرادة الباطنة من حيث الأصل والدليل على ذلك عبارات الفقرة الأولى من المادة / ٣٨، ويأخذ أيضا بنظرية الإرادة الظاهرة على سبيل الاستثناء ، وبالشرطين التاليين :

١- أن يكون المتعاقد الآخر قد عول على الإرادة الظاهرة ، أي اعتمد عليها ، ورتب أموره على التعبير الموجه إليه ، ويقع عليه عبء إثبات ذلك .

٢ – أن يكون المتعاقد الآخر حسن النية ، بأن يعتقد مطابقة التعبير لحقيقة الإرادة من غير أن يكون من شأن ظروف الحال أن تثير الشك في تلك المطابقة .

ونرى أن القانون المصري أيضاً يأخذ بنظرية الإرادة الباطنة من حيث المبدأ ، ويكملها بنظرية الإرادة الظاهرة ، كما ذهب إلى ذلك العلامة السنهوري [١] .

---

(١) ص ٢٢٥ ، ص ٢٢٦ .

المســـألة الثالثـــة

الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره

توجد الإرادة بمجرد التعبير عنها ، غير أن هذا التعبير لا ينتج أثره – أي لا يترتب عليه إذا اقترنت به إرادة تعاقد أخـرى – إنشـاء التـزام عقدي أو نقله أو إنهاؤه إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه .

وفي ذلك تنص المادة / ٩١ من التقنين المدني ، حيث ورد نصـها على النحو التالي : " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لـم يقم الدليل على عكس ذلك " .

وهكذا يمكن التمييز بين الوجود الفعلي أو المـادي للتعبيـر وهـو يتحقق بمجرد صدوره من صاحبه ، وبين الوجود القانوني للتعبير ، وهو لا يتحقق إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . والعبـرة بهـذا الوجـود القانوني لأنه هو الذي يترتب عليه الآثار القانونية . (١) *

فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً ، فلا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه ، أي لا يصلح لأن يقترن به القبول .

---

(١) د/ الصدة : المرجع السابق – ص ٩٢ .

أما إذا كان التعبير قبولاً ، فلا ينتج أثره في إتمام العقد إلا من وقت علم الموجب به [١] .

ويعتبر وصول التعبير قرينة علي العلم به ما لم يقم الدليل علي عكس ذلك [٢] ، حيث يجوز لمن وصل إليه التعبير أن يثبت أنه لم يعلم به رغم وصوله إليه ، وعليه يقع عبء هذا الإثبات [٣] . ويشترط القضاء ألا يكون عدم العلم راجعاً إلي خطأ من وجه إليه التعبير أو بالأحرى تقصيره في العلم بمضمون التعبير [٤] *.

ويلاحظ أن المشرع المصري قد أتخذ موقفا وسطا بين مذهبي العلم الفعلي بالتعبير ، والاكتفاء بمجرد صدور التعبير .

---

(١)ويلاحظ أن المشرع قد أخذ بنظرية العلم في التعاقد بين غائبين .

(٢) مادة ٩١ / ٢ مدني مصري .

(٣) كان من المفروض ان يقع عبء إثبات العلم بالتعبير علي عاتق من وجه التعبير ، غير أن هذا الإثبات جد عسير ، لهذا القي المشرع بعبء الإثبات علي عاتق من وجه إليه التعبير أن هو أراد نفي قرينة العلم بالتعبير ، حيث يمكنه ذلك بكافة طرق الإثبات ، كأن يثبت أنه لم يكن متواجدا في موطنه الأصلي وقت وصول التعبير ، انظر : أستاذنا الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية العقد والإرادة المنفردة – دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي – ١٩٨٤ – ص ١٠٩ .

(٤) نظر علي سبيل المثال : نقض مدني:١٩٧٣/١/١٩ - مجموعة أحكام النقض-س ٢٣ – رقم١٢ ص٦٧ .

أثر الموت أو فقد الأهلية في التعبير عن الإرادة :

ذهب القضاء في ظل التقنين المدني السابق ، إلى أن التعبير عن الإرادة يسقط إذا مات من صدر عنه التعبير أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، ذلك لأن التعبير باعتباره، مظهراً للإرادة يسقط بسقوطها، ولا يتصور قيامه بعد وفاة صاحب الإرادة أو فقده أهليته، ومن ثم يستحيل أن يتحقق تطابق الإرادتين الذي يشكل ركن التراضي في العقد[١]، وكان هذا المذهب يغلب نظرية الإرادة الباطنة .

غير أن المشرع قد خالف المذهب السابق، حيث نصت المادة / ١٢٩ من المشروع التمهيدي للقانون المدني الحالي على ما يلي : " لا يؤثر في صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر منه التعبير أو من وجه إليه هذا التعبير، قد مات أو فقد أهليته، ما لم يتبين من العكس من إرادة الطرفين أو من طبيعة التعامل " . وفي ذلك تغليب لنظرية الإرادة الظاهرة تحقيقاً لإستقرار التعامل، إلا أن النص المذكور كان محلاً للنقد في لجنة المراجعة، ولهذا تم تعديله[٢].

وجاءت المادة / ٩٢ من التقنين المدني الحالي، متضمنة النص التالي : " إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته ، قبل

---

(١) د/ جمال زكي : ص ٦٨ .

(٢) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٣٢ ، ص ٣٣ .

أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل".

ولفهم حكم هذا النص ، نفرق بين فرضين علي النحو التالي :

الفرض الأول : إذا كان من أصابه الموت أو فقد الأهلية هو الموجب :

إذا مات الموجب أو فقد أهليته قبل أن يصل تعبيره إلى علم من وجه إليه، فإن ذلك لا يمنع هذا التعبير من أن ينتج أثره بعد أن يتصل بعلم من وجه إليه.

غير أن الفقه مختلف حول مسألة صلاحية هذا الإيجاب لانعقاد العقد :

ذهب رأي إلى أن الإيجاب يبقى وينتج أثره إذا وصل إلى علم من وجه إليه ، إذ يستطيع هذا الأخير أن يقبل، إلا أن هذا القبول لا يؤدي إلى إتمام العقد، لأن القبول يوجه إلى الموجب، أما وأنه قد مات أو فقد أهليته، فلا ينعقد العقد[1].

وعلي العكس ، يذهب البعض إلي صلاحية هذا الإيجاب لانعقاد العقد إذا وصل إلي علم الطرف الآخر ، وصدر عن هذا الأخير القبول ، إذ يتم

(١) د/ السنهوري : ص ١٨٨ – في الهامش ، د/ أحمد ابو ستيت : بند ٨٤.

العقد بهذا القبول رغم موت الموجب أو فقده أهليته ، لأن ورثته أو من يمثله يحلون محله في العلم بالقبول تطبيقا لحكم المادة / ٩١ مدني ، ما لم يتبين من التعبير أو من طبيعة التعامل أن شخصية الموجب محل اعتبار خاص ، حيث لا يتم العقد في مثل هذه الحالات [١] .

والواقع أن الرأي الأخير هو الأولى بالاتباع ، لأنه يتمشى مع نص المادة / ٩٢ ، والتي ترتب علي التعبير أثره عند اتصاله بعلم من وجه إليه ، رغم موت من صدر عنه أو فقده أهليته ، والقول بغير ذلك يهدر هذا الأثر ، ولعل التحفظ الوارد بنهاية نص المادة المذكورة يؤكد هذا الرأي ، حيث تورد قيدين علي ترتيب التعبير أثره عند اتصاله بعلم من وجه إليه ، وهما : إذا كان يستفاد من التعبير ، أو من طبيعة التعامل العكس ، كأن تكون شخصية الموجب محل اعتبار في التعاقد ، فلا ينعقد العقد في هذه الحالة .

<u>الفرض الثاني : إذا كان من أصابه الموت أو فقد الأهلية هو القابل :</u>

إذا مات القابل أو فقد أهليته بعد أن صدر منه القبول، فإن هذا القبول ينتج أثره في إتمام العقد إذا وصل إلى علم الموجب، ولكن إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل محل اعتبار كأن يكون

---

(١) د/ سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني – في الالتزامات – نظرية العقد والإرادة المنفردة – جـ٢ – ط ٤ – دار الكتب القانونية – ١٩٨٧ – ص ١٦٦، ص ١٦٧.

رساماً ، فإن العقد لا يتم في هذه الحالة[١].

ويفترض إتمام العقد في هذا الفرض، أن الإيجاب لا يزال قائماً أي لم يسقط بسبب من أسباب سقوطه التي سنوضحها بعد قليل .

أثر الموت أو فقد الأهلية في التعبير المنشئ للتصرف بالإرادة المنفردة :

مما سبق يتناول التعبير عن الإرادة في مجال العقد، سواء أكـان إيجاباً أو قبولاً .

أما إذا كان التعبير عن الإرادة صادراً في مجال التصرف بالإرادة المنفردة، نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا كان التعبير عن الإرادة واجب التسلم :

أي إذا كان هذا التعبير لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه (الطرف الآخر)، ومن أمثلة ذلك الإبراء من الدين، إذ ينعقد بـإرادة الدائن فقط، ولكنه لا يتم إلا إذا وصل إلى علم المدين[٢].

فإذا مات الدائن أو فقد أهليته قبل أن يصـل تعبيـره إلـى علـم المدين، فإن التعبير ينتج أثره، أي يتم الإبراء . أما إذا مات المدين أو فقد

(١) د/ سليمان مرقس : ص ١٦٦ ، وهامش ٦٨.
(٢) مادة / ٣٧١ مدني مصري.

أهليته قبل أن يصل التعبير إلى علمه، فإن ورثته أو من يمثلـــه يحلـــون محله في هذا العلم، فإذا تم ذلك تم الإبراء [١].

الحالة الثانية : إذا كان التعبير عن الإرادة غير واجب التسلم :

هناك تصرفات تتم بإرادة المتصرف المنفردة ، بصرف النظر عن علم أو عدم علم الشخص المعني بالتصرف ، ومن أمثلـــة ذلـــك الوعـــد بجائزة الموجه للجمهور ، فإذا ما صدر هذا الوعد وتم توجيهه للجمهور، أنتج أثره حتى لو مات من صدر عنه الوعد أو فقد أهليتـــه حيـــث يحـــل ورثته أو من يمثله محله في تنفيذ الوعد تجاه من قام بالعمل المطلوب ، أيضا فإن الوعد ينتج أثره حتى لو مات من قام بالعمل أو فقد أهليته قبل أن يصل ذلك إلى علم الواعد بجائزة ، حيث يجـــوز لورثتـــه أو ممثلـــه القانوني المطالبة بالجائزة [٢] .

(١) د/ الصدة : ص ٩٧.
(٢) نفس الإشارة .

المسألة الرابعة
التعبير عن الإرادة بواسطة نائب
(النيابة في العقد)

قد لا يصدر التعبير عن الإرادة بواسطة الراغب في التعاقد شخصياً، وإنما يصدر من شخص آخر ينيبه في إبرام العقد ، وهو ما يسمى بالنيابة في التعاقد أو النيابة في التصرفات القانونية " .

وتناولت المواد من ١٠٤ – ١٠٧ من التقنين المدني المصري ، نظام النيابة في التعاقد . وفي ضوء هذه النصوص سوف نوضح المقصود بالنيابة في التعاقد وأساسها وأهميتها ، وأنواعها ، وشروط صحة التعاقد بطريق النيابة ، وآثار النيابة .

وتجدر الإشارة إلى أن ما قيل بشأن وسائل التعبير عن الإرادة والوقت الذي ينتج فيه التعبير أثره ، ينطبق على التعبير عن الإرادة بواسطة النائب .

والآن نتناول الحديث عن النيابة في التعاقد ، على النحو التالي :

أولاً : تعريف النيابة في التعاقد وأهميتها وأساسها :

يقصد بالنيابة في التعاقد " حلول إرادة شخص يسمى النائب محل إرادة شخص آخر يسمى الأصيل في إبرام تصرف قانوني باسم ولحساب الأصيل " أو هي : " قيام شخص يسمى النائب بإبرام تصرف قانوني باسم

ولحساب شخص آخر يسمى الأصيل بحيث تنصرف آثار التصرف مباشرة في ذمة الأصيل " . (١)

وتبدو أهمية النيابة في التعاقد في الحالات التي لا يتسنى للشخص فيها إبرام العقد (أو التصرف) بنفسه إما لعدم توفر أهلية الأداء لديه كالقاصر والمحجور عليه ، أو لعدم توفر الوقت لديه ، أو لغيابه أو لمرضه أو لعدم خبرته أو لأي سبب آخر يعوقه عن إبرام التصرف بنفسه (٢) .

ولم يكن القانون الروماني يعرف نظام النيابة في التعاقد إلا في حالات استثنائية تتعلق بنيابة ابن الأسرة والعبد عن رب الأسرة أو السيد وذلك لجعل هذا الأخير دائنا (أو مديناً في حالات محدودة) ، ثم أصبح الوكيل يتعاقد مع الغير وينقل أثار التصرف إلى الموكل بعد ذلك ، وفي أواخر مراحل القانون الروماني تم الاعتراف للغير بدعوى مباشرة قبل الموكل ، إلا أن هذا القانون لم يصل حتى في هذه الحالة إلى الاعتراف بالنيابة في التعاقد كنظرية عامة (٣) .

---

(١) د/ الصدة : ص ١٣٩

(٢) د / جميل الشرقاوي : المرجع السابق – ص ٩٨ .

(٣) د/ جمال زكي : ص ١٠٠ : ص ١٠٣ وهوامش هذه الصفحات.

ولم ينظم المشرع الفرنسي نظرية النيابة في التعاقد ، وإنما وردت نصوص بشأن الوكالة استطاع الفقه والقضاء استخلاص نظريـة عامـة للنيابة منها ، وكذلك الحال في التقنين المدني المصري القديم (١) .

إلا أن التقنين المدني المصري الحالي قد شيد صرح نظرية عامـة للنيابة في التعاقد بنصوص المواد من ١٠٤ حتى ١٠٨ ، متأثراً في ذلك ببعض القوانين كالقانون الألماني والقانون السويسري (٢) .

وتختلف النيابة في التعاقد عن بعض الأنظمة التي قد تتشابه معها ، فهي تتميز عن نظام الرسالة إذ الرسول لا يعد نائباً وتقتصر الرسالة على أعمال مادية ، كما تستقل النيابة عن نظام المسـاعدة القضـائية والتـي يقتصر دور المساعد القضائي فيها على ترجمة إرادة صاحب الشأن فقـط دون أن تكون لإرادة المساعد أي دور في إبرام التصرف القانوني ، كمـا تختلف النيابة عن نظام الاشتراط لمصلحة الغير ، لأن المشـترط لا يعـد نائباً عن المنتفع بل هو طرف أصيل في التصرف ، وأخيراً تتميز النيابـة عن نظام التضامن بين المدينين ، والذي لا يتضـمن نيابـة بـالمعنى الدقيق . (٣)

---

(١) د/ جمال زكي : ص ١٠٤.

(٢) نفس الإشارة .

(٣) راجع : د/ جمال مرسي بدر : النيابة في التصـرفات القانونيـة -١٩٥٤- ص١٠ وما بعدها .

أساس النيابة :

تعددت التفسيرات التي قال بها الفقهاء حول أســاس النيابــة فــي التصرفات القانونية ، أي تفسير الأساس الذي تقوم عليه هــذه الفكــرة ، فذهب البعض إلى تبني نظرية المجاز أو الافتراض ومؤداها أن النائب إنما يتخذ مكان الأصيل ويتقمص شخصيته ، ويعبر عن إرادته ، فيفترض أن الأصيل هو الذي أبرم التصرف ، وأن هذا هو أســاس انصــراف آثــار التصرف إليه (١) ، غير أن هذا التفسير قد تعرض للنقد على أساس أنــه لا يصلح بالنسبة لكل أنواع النيابة ولا سيما النيابة القانونية . (٢)

وذهب رأي آخر إلى أن أساس النيابة إرادة الأصيل وما النائــب إلا أداة لنقل إرادة الأصيل ، إلا أن هذا النظر كان محلاً للنقد ، لأنه يخلط بين النائب والرسول ، فضلاً عن أنه لا يســـري إلا فــي مجــال النيابــة الاتفاقية (٣) .

بينما ذهب البعض إلى أن أساس النيابة إرادة النائب ، إذ النائب هو المتعاقد الحقيقي ، وإن انصرفت آثار عقده إلى الأصيل ، والبعض الآخر

---

(١) د/ جمال مرسي : المرجع السابق – ص ٤٥ ، ص ٤٦.
(٢) د/ جمال مرسي : ص ٤٦.
(٣) راجع د/ جمال مرسي : ص ٤٩ وما بعدها .

يرى أن النيابة في جوهرها " الحلول الحقيقي لشخصية النائب القانونية محل شخصية الأصيل " فإرادة النائب التي تحل محل إرادة الأصيل هي التي تسهم ومباشرة وفعلاً في تكوين العقد الذي تقع آثاره في ذمة الأصيل ، إلا أن هذه النظريات وإن كانت تقترب من جوهر النيابة ، إلا أنها لا تفسر طبيعتها تفسيراً كاملاً ، فهي تحليل للنيابة دون أن تكون تفسيراً وافياً لها . (١) .

ويذهب البعض إلي أن النيابة ثمرة تعاون بين إرادة النائب وإرادة الأصيل ، إذ تساهم كل منهما بدور في هذا الصدد (٢) .وهذه النظرية تمثل موقفاً وسطاً بين النظريتين السابقتين ، ولهذا تشيع لها عدد غير قليل من الفقهاء في فرنسا وفي مصر ، إلا أنها قد تعرضت للنقد أيضاً من جانب بعض الفقهاء (٣) .

كما ذهب البعض إلي أن أساس النيابة هو القانون الوضعي بما يتضمنه من نصوص (٤)، والواقع أن هذا الرأي كان انعكاساً للنقد الذي وجه لمبدأ سلطان الإرادة في صورته المغالي فيها (٥) .

---

(١) د/ جمال مرسي بدر : المرجع السابق – ص ٥٣ ، ٥٤ .

(٢) أنظر في ذلك بالتفصيل لدى د/ جمال مرسي بدر : ص ٥٨ وما بعدها .

(٣) د/ جمال مرسي بدر : ص ٥٩ ، ٦٠ .

(٤) راجع في ذلك : د/ جمال مرسي بدر : ص ٦٥ وما بعدها .

(٥) نفس الإشارة . وهناك من يري أن أساس النيابة مبدأ سلطان الإرادة : د / الصدة : ص ١٤٢ .

والرأي الذي نرجحه هو الذي يري أن فكرة النيابة تستند إلى إرادة النائب ، يؤيد ذلك أن عنصر الأهلية اللازمة للتعاقد ، وكذا سلامة الإرادة من العيوب ، والظروف المرتبطة بالإرادة والمؤثرة في التصرف ، كل ذلك يشترط توفره في إرادة النائب دون إرادة الأصيل . غير أن ذلك لا ينفي الدور الذي تلعبه إرادة الأصيل ، بيد أن هذا الدور يقتصر على علاقة النائب بالأصيل فقط . [١]

ثانيا : أنواع النيابة

يتحدد نوع النيابة بحسب مصدرها ، فهي قد تكون :

أ- نيابة قانونية : إذا كان مصدرها القانون ، والذي يحدد سلطة النائب ويوجب تعيينه ، ومن أمثلتها نيابة الولي والوصي عن القاصر .

ب- نيابة اتفاقية : إذا كان مصدرها الاتفاق ، حيث تستمد من هذا الاتفاق الذي يتم بين الأصيل والنائب ، وتتحدد سلطات هذا الأخير وفقاً للاتفاق . ومن أمثلتها نيابة الوكيل عن الموكل بموجب عقد الوكالة .

ج – نيابة قضائية : إذا كان مصدرها القضاء ، حيث يتم تعيين النائب بواسطة القضاء ، ومن أمثلتها نيابة الحارس القضائي ، ونيابة القيم عن المحجور عليه .

وهذه النيابة الأخيرة ، تعد نيابة قانونية في نظر البعض [٢] ، أو نيابة مختلطة (قانونية وقضائية) في نظر البعض الآخر ، حيث يحدد

---

(١) من هذا الرأي : د / جمال مرسي بدر : المرجع السابق –ص ٧٢ وما بعدها . وهناك من لا يري ضرورة لمحاولة تفسير طبيعة النيابة في الوقت الحالي ، انظر د/ جميل الشرقاوي : ص ١٠٠

(٢) من هذا الرأي أستاذنا الدكتور / رمضان أبو السعود : مصادر الالتزام – دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية – ٢٠٠٣ – ص ٥٠ .

القانون شروطها وكذا سلطة النائب ، ويترك للقاضي سلطة تعيين النائب [١] .

ثالثا : شروط صحة التعاقد بطريقة النيابة :

يجب لصحة التعاقد بطريق النيابة توافر ثلاثة شروط ، وهي :

(أ) حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

يشترط أولاً أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إجراء التصرف القانوني ، فالذي يبرم التصرف هو النائب ، والذي يعبر عن إرادته هو ولا يعبر عن إرادة الأصيل . وهذا ما يميز النائب عن الرسول ، حيث يقتصر دور هذا الأخير علي مجرد نقل إرادة شخص معين إلي غيره ، ومن ثم تكون العبرة بإرادة المرسل دون إرادته هو [٢] . ويترتب علي ذلك أنه لا يشترط أن يكون الرسول مميزاً ، وإنما يمكن أن يكون غير مميز طالما يقدر مادياً علي نقل إرادة التعاقد ، ويستطيع تبليغ الرسالة صحيحة ، كما لا ينظر في عيوب الرضا إلي إرادة الرسول بل إلي إرادة المرسل [٣] .

---

(١) د/ إبراهيم الدسوقي : المرجع السابق – ص ١٣٧ .

(٢) د/ رمضان أبو السعود : ص ٥٠ ، ٥١ .

(٣) ويكون التعاقد الذي يتم بواسطة الرسول بين غائبين ، بفرض عدم وجود المرسل في مجلس العقد ، راجع : د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : ص ٥٣ .

أما النائب فالعبرة بإرادته هو وبنيته ، وبالتالي يشترط أن تكون إرادته خالية من العيوب ، وإذا وقع غلط أو تدليس أو إكراه كان العقد قابلاً للإبطال حتى لو كانت إرادة الأصيل سليمة ، كما أن العبرة بإرادة النائب فيما يخص أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها [(١)] ، ومن ثم فإنه إذا كان النائب يعلم بوجود عيب خفي في الشيء الذي اشتراه لحساب الأصيل ، فلا يجوز لهذا الأخير الرجوع علي البائع بضمان العيب الخفي حتى لو كان الأصيل يجهل هذا العيب [(٢)] .

إلا أنه إذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب بظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها [(٣)] . وتطبيقاً لذلك إذا كان الموكل قد أصدر تعليمات خاصة للوكيل ، وتصرف الوكيل مع الغير وفقاً لهذه التعليمات ، وكان الموكل يعلم بوجود عيب خفي في الشيء الذي اشتراه الوكيل ، فلا يحق للموكل في هذه الحالة التمسك بضمان العيب الخفي بحجة أن الوكيل كان يجهل وجود العيب [(٤)] .

وفضلا عما تقدم ، فإن حسن أو سوء النية ينظر فيه إلي نية النائب لا إلي نية الأصيل وذلك في الأحوال التي يرتب فيها القانون أثراً علي

---

(١) مادة / ١٠٤ مدني .
(٢) د/ أحمد شوقي : ص ٥٤ .
(٣) مادة ١٠٤ / ٢ مدني .
(٤) لأن هذا تحايل لا يقره القانون ، د/ السنهوري : ص ٢٤٢ .

ذلك ، فإذا كان النائب حسن النية وتعامل مع مدين معسر ، فلا يجوز لدائن هذا الأخير الطعن في التصرف بالدعوى البوليصية . (١)

العبرة بأهلية الأصيل :

أما بالنسبة للأهلية اللازمة للتعاقد ، فينظر فيها إلي شخص الأصيل لا النائب ، ذلك لأن العقد إذا كان ينعقد بإرادة النائب ، إلا أنه ينتج أثره في ذمة الأصيل ، فالأصيل هو الذي يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد وقت قيام النائب بإبرام العقد مع الغير (٢) .

وبناءاً عليه ، يصح أن يكون النائب مميزاً ، حيث لا يشترط أن يكون أهلاً لإبرام التصرف محل النيابة ، ولكن لا يجوز أن يكون النائب غير مميزا أو مجنون ؛ لأن مثل هؤلاء لا يستطيعون التعبير عن إرادتهم بطريقة مستقلة (٣) .

إلا أن النيابة القانوني تفترض بطبيعة الحال أن الأصيل لا تتوافر لديه أهلية التعاقد فيجوز أن يكون مميزاً أو غير مميز ، حيث يكون النائب كامل الأهلية في هذه الحالة كالوصي .

---

(١) د/ السنهوري : ص ٢٤٢ ، حتى لو كان الأصيل سيئ النية .

(٢) د/ السنهوري / هامش ـ ص ٢٤٣ .

(٣) د/ السنهوري / ص ٢٤٤ .

(ب) تعاقد النائب باسم ولحساب الأصيل :

يجب أن يكون النائب قد تعامل مع الغير بصفته نائبا عن الأصـــيل وباسم ولحساب هذا الأخير . فإذا تعامل النائب مع الغير باسمه هو لمـــا كانت هناك نيابة ، وتنصرف آثار العقد إلي النائب .

ولكن لما كان النائب يعمل في الواقع لحساب الأصيل ، فـــإن آثـــار العقد تنصرف إلي الأصيل في حالتين : الأولي : إذا كان من المفـــروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة . والثانيـــة : إذا كـــان يستوي لدى من يتعاقد معه النائب أن يتعامل مع الأصيل أو النائـــب [(١)] . ففي هاتين الحالتين تنصرف آثار العقد إلي الأصيل رغم أن النائب لم يعلن عن صفته وقت العقد ، ذلك لأن النائب قد أعار اسمه للأصيل فـــي هـــذه الحالة [(٢)] .

وتطبيقا لذلك ذهبت محكمة النقض المصرية إلي أن " الـــنص فـــي المادة ١٠٦ من القانون المدني علي أنه " إذا لم يعلن العاقد وقت إبـــرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلي الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود

---

(١) مادة / ١٠٦ مدني مصري .
(٢) انظر : نقض مدني : ١٩٧٠/٥/٢٨ – مجموعة أحكام النقض – س ٢١ – ص ٩٣٢ .

النيابة ، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب " ينصرف إلي حالة الوكيل المسخر وهو من يتعاقد لحساب الموكل ولكنه لا يعلن وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، ولذلك فإن أثر العقد لا يضاف إلي الموكل دائناً أو مديناً ، ويستثني من ذلك حالتان وهما : حالة ما إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بأن الوكيل إنما يتعاقد لحساب الموكل ، وحالة ما إذا كان يستوي عند الغير أن يتعامل مع الوكيل أو مع الموكل ، وفي هاتين الحالتين إذا كشف الموكل عن صفته كان له الرجوع مباشرة علي الغير ، كما يكون للغير أن يرجع عليه طبقاً لأحكام الوكالة [١] .

ويجب – في غير الحالتين السابقتين – أن يفصح النائب وقت التعاقد عن أنه يتعاقد باسم الأصيل ولحسابه ، سواء أكان ذلك صراحة أو ضمناً ، كما إذا قام ربان السفينة بالتعاقد عن صاحبها [٢] .

وفضلاً عن ذلك يجب أيضاً أن تكون لدي الغير الذي يتعامل مع النائب نية التعاقد مع النائب بصفته ، فإذا كان النائب يتعامل باسم الأصيل، ولكن الغير يتعامل معه لا بوصفه نائبا وإنما بوصفه أصيلاً ، فإن النيابة لا تقوم ، ولا يتم العقد ، لا مع شخص النائب لأنه لا يتعامل باسمه ولحسابه ، ولا مع الأصيل لأن الغير لا يقصد التعامل معه [٣] . ولكن إذا

---

(١) نقض مدني : ١٩٩٧/١١/١ – مجموعة أحكام النقض – س ٤٨ – ع٢ – رقم ٢١٧ – ص ١١٦٦ ، وفي هذا المعني : نقض مدني : ١٩٧٠/٥/٢٨ – مجموعة أحكام النقض – س ٢١ – ص ٩٣٣ .

(٢) د/ السنهوري : ص ٢٥٣ . لكن لا يشترط أن يذكر اسم الأصيل في العقد ، بل يكفي ابراز صفة النائب حتى لو تحدد اسم الأصيل فيما بعد ، د/ رمضان أبو السعود : ص ٥٤ .

(٣) د/ السنهوري : ص ٢٥٣ .

كان النائب يعمل باسمه والغير يتعامل باسم الأصيل ، فــإن آثــار العقــد تنصرف إلي ذمة الأصيل في الحالتين اللتين نصت عليهما المادة / ١٠٦ من القانون المدني (١) .

(ج) التزام النائب وحدود نيابته (أن يكون التعاقد في حدود النيابة) :

يجب أن يعبر النائب عن إرادته في التعاقد وفقا لحدود نيابته ، التي عينها القانون أو الاتفاق ،فإذا جاوز النائب هذه الحدود فلا يعد نائباً ، ولا ينتج التعاقد أثره في حق الأصيل (٢) .

وقد عبرت المادة/ ١٠٥ من التقنين المدني عن ضرورة أن يبــرم العقد باسم الأصيل وفي حدود نيابته حتى يمكن سريان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات في حق الأصيل ،وبالتالي يفهم من هــذا النص – بمفهوم المخالفة – أن آثار العقد لا تضاف إلي الأصيل في حالة عدم التزام النائب حدود نيابته .

ويقصد بحدود النيابة ،حدودها الموضوعية أي السلطات التي خولها الأصيل للنائب بشأن التعاقــد ونوع التصرف الذي يجــوز له إجرائــه ،

---

(١) نفس الإشارة .
(٢) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه " وإن كان الأصل وفقا للمادة ١٠٥ من لقانون المدني أن ما يبرمه الوكيل في حدود وكالته ينصرف إلي الأصيل ، إلا أن نيابة الوكيل عن الموكل تقف عند حد الغش ، فإذا تواطأ الوكيل مع الغير للإضرار بحقوق موكله ، فإن التصرف علي هذا النحو لا ينصرف أثره إلي الموكل .... " نقض مدني : ١٩٧٦/٤/٧ ـ مجموعة أحكام النقض ـس ٢٧ ـ رقم ١٦٩ ـ ص ٨٨٦ .

وحدودها الزمانية أي المدة التي تسري خلالها النيابة ، وحدودها الشكلية أي شكل التصرف محل النيابة فإذا خالف النائب حدود النيابة . فلا يسري تصرفه في حق الأصيل – كقاعدة عامة [١] – كما أن آثار التصرف لا تسري في حق النائب ، طالما أن النية المشتركة للمتعاقدين لم تتجه إلي ذلك ، ولا يبقي أمام الغير الذي تعاقد مع النائب سوى الرجوع علي هذا الأخير بالتعويض عن الأضرار التي أصابته [٢] . وربما كان خير تعويض إلزام النائب بآثار التصرف الذي تجاوز حدود نيابته بشأنه [٣] .

غير أن آثار التصرف تضاف إلي ذمة الأصيل – استثناءاً – رغم مجاوزة النائب حدود نيابته ، <u>وذلك في حالتين هما :</u>

(١) <u>إذا كان الغير الذي تعامل مع النائب حسن النية :</u>

يسري التصرف في حق الأصيل رغم مجاوزة النائب حدود نيابته إذا كان الغير الذي تعامل معه النائب حسن النية ، أي لا يعلم بمجاوزة النائب حدود النيابة ، وكانت لديه أسباب قوية تدعوه إلي الاعتقاد بأن النائب قد

---

(١) وقضي في هذا الصدد بأن سعة الوكالة تختلف باختلاف الصيغة التي يفرغ فيها التوكيل ، ومن ثم وجب الرجوع إلي عبارة التوكيل وملابسات صدوره وظروف الدعوى ، وأن تطلع المحكمة عليه لتتبين نطاق هذه الوكالة ، انظر : نقض مدني : ١٩٩٧/١٠/٢٦ – مجموعة المكتب الفني – س ٤٨ – رقم ٢١٤ – ص ١١٥١ . كما قضي بأن تمسك الطاعنة بأن توكيلها للمطعون عليه لا يخوله حق توقيع الشيك موضوع المطالبة وطلبها من المحكمة إلزامه بتقديم أصله لتتبين منه مدى سعة هذه الوكالة ، يعد دفاعاً جوهرياً ، وبالتالي فإن التفات الحكم عنه ، يشكل قصوراً في التسبب وفساداً في الاستدلال . انظر الحكم المذكور أعلاه .

(٢) د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : المرجع السابق – ص ٥٥ .

(٣) نقول ذلك استنادا إلي فكرة التعويض العيني .

تعاقد في حدود نيابته ، ومن تطبيقات ذلك أن يكون النائب قد خولت لـــه نيابة مستمرة كوكلاء ومديرو الشركات ، وبشرط أن يكون التصرف الذي قام به النائب يدخل عادة في حدود نيابته (١) ، وفقــا للمجــري العــادي للأمور وعرف التعامل ، ومن أمثلة ذلك أيضاً أن يبقي الأصيل سند النيابة في يد النائب بعد انتهاء النيابة ، فيتعامل الغير مع النائب الــذي انتهــت نيابته مطمئناً إلي هذا السند (٢) . ويعرف هذا الوضع في العمل بالنيابــة الظاهرة ، ومن تطبيقاتها الوكالة الظاهرة (٣).

وقد نصت المادة / ١٠٧ من التقنين المدني علي أنــه : " إذا كــان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت التعاقد انقضاء النيابة ، فإن أثــر العقد الذي يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، يضاف إلي الأصيل أو خلفائه " . وقد قصد من تقرير الحكم الوارد بهذا النص ، توفير ما ينبغي للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار (٤) . ومن أمثلة ذلك أن يقوم الأصيل بعــزل النائب دون أن يعلم هذا الأخير بالعزل ، وكذا دون أن يعلم الغيــر بهــذا العزل ، أو أن يموت الأصيل دون أن يعلم النائب ومن تعاقد معه بذلك (٥).

---

(١) د/ السنهوري : ص ٢٤٦ ، ٢٤٧ .

(٢) كان هناك نص في المشروع التمهيدي يخول للغير أن يطلب من النائب صورة من سند نيابته (مادة ١٥٨/ ٢ من المشروع) ، غير أن هذا النص قد حذف في لجنة المراجعة بمجلس الشيوخ ، لأنه يتناول مسألة عملية تفصيلية ، في القواعد العامة ما يغني عن النص عليها ، انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ٩٥ : ص ٩٧ .

(٣) وقد قضي بأنه يشترط لاعتبار الوكيل الظاهر نائبا عن الموكل ، أن يكون المظهر الخارجي الذي أحدثه هذا الأخير خاطئاً ، وأن يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر قد انخدع بمظهر الوكالة الخارجي دون أن يرتكب خطأ أو تقصيراً في استطلاع الحقيقة ...... " نقض مدني : ١٩٧١/١/٢١ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٢ – رقم ١٨ – ص ١٠٠ وانظر في الوكالة الظاهرة تفصيلا : د / عبد الباسط جميعي : الوكالة الظاهرة – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – جامعة عين شمس – س ٥ – ص ٢٨٣ وما بعدها .

(٤) راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جـ ٢ – ص ١٠٤ .

(٥) د/ السنهوري : ص ٢٤٨ .

والعبرة بحسن نية الغير وقت التعاقد مع النائب ، فإذا كان الغير حسن النية وقت التعاقد ، بأن لم يكن عالماً بأن النائب قد تجاوز حدود نيابته ، فإن آثار التصرف الذي أبرمه مع النائب تنصرف إلي ذمة الأصيل، حتى لو علم الغير بحقيقة الأمر بعد إبرام التصرف .

وقد أجازت المادة ٧٠٣ / ٢ من القانون المدني للوكيل أن يخرج عن حدود وكالته متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً ، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق علي هذا التصرف . وعلي الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة .

ومن هذا يتضح أن تصرف الوكيل يسري في حق الموكل حتى لو جاوز الوكيل حدود وكالته ، وذلك بالشروط التالية :

١- أن يكون من المستحيل علي الوكيل إخطار الموكل سلفاً (مسبقاً) بخروجه عن حدود وكالته ، كأن لا يكون لدى الوكيل مكنة الانتظار حتى إبلاغ الموكل ، أو كان من المتعذر إبلاغ الموكل بالخروج عن حدود الوكالة لمرضه أو غيابه أو تعذر الاتصال به ، وتلك واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ، ويقدرها قاضي الموضوع بسلطته التقديرية باعتبارها مسألة وقع .

٢- أن يتعلق الأمر بصفقة رابحة للموكل ، بحيث يغلب الظن – وفقاً للظروف – بان الموكل ما كان إلا ليوافق علي التصرف ، وتلك مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع في ضوء الظروف التي تم فيها إبرام التصرف ، ويفترض هذا الشرط بطبيعة الحال حسن نية الوكيل .

٣- أن يبادر الوكيل بإخطار الموكل بأمر خروجه عن حدود الوكالة فوراً ، وبمجرد أن يكون هذا الأخطار ممكناً ، ويقع عبء إثبات هذا الإخطار علي عاتق الوكيل ، ويجوز له إثباته بكافة الطرق ، وإن كان من الأفضل أن يتم الإخطار كتابة وذلك لمصلحة الوكيل .

(٢) إذا أقر الأصيل مجاوزة النائب حدود النيابة :

إذا جاوز النائب حدود نيابته ، ولم يكن من الممكن سريان التصرف في حق الأصيل في حالة من الحالات السابقة ، ولم يكن من المستطاع اعتبار النائب فضوليا لعدم توافر شروط الفضالة ، فإن آثار التصرف لا تسري في حق الأصيل ، وله حق التمسك بإبطاله .

غير أنه يمكن للأصيل أن يقر التصرف رغم مجاوزة النائب حدود نيابته ، فتسري آثار التصرف في حق الأصيل من وقت التعاقد لا من وقت

الإقرار ، حيث تترتب آثار العقد في مواجهته بأثر رجعي ، من وقت إبرام العقد ، وليس من وقت صدور الإقرار [١] .

وقد يكون الإقرار صريحاً ، كما قد يستفاد ضمناً من الظروف ومن مسلك الأصيل ، كما لو قام بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد رغم علمه بتجاوز النائب حدود نيابته [٢] . وفي جميع الأحوال يشترط لصحة هذا الإقرار أن يكون الأصيل عالماً وقت الإقرار ، أن التصرف الذي يقره يخرج عن حدود سلطات نائبه ، وأن يكون الأصيل قاصداً أن تنصرف إلي ذمته آثار تصرف نائبه [٣] .

غير أن الأثر الرجعي للإقرار ، لا يجوز أن يمس حقوق الغير حسني النية الذين تلقوا حقوقهم من الأصيل في الفترة السابقة علي الإقرار ، كما لو قام الأصيل بتأجير العين قبل إقراره الإيجار الصادر من النائب متجاوزاً حدود نيابته ، حيث لا يؤثر الإقرار علي حق المستأجر من الأصيل في هذه الحالة [٤] .

---

(١) د/ السنهوري : ص ٢٤٩ ، نقض مدني : ١٩٦٨/١١/١٤ – مجموعة أحكام النقض – س ١٩ – رقم ٢٠٥ – ص ١٣٦٢ .
(٢) د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : ص ٥٦ .
(٣) نقض مدني : ١٩٦٩/٥/١٥ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٠ – رقم ١٢٤ – ص ٧٨٤ .
(٤) د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : ص ٥٦ .

رابعاً : آثار النيابة

ترتب النيابة في التعاقد علاقات ثلاث ، هي :

١ – العلاقة فيما بين النائب والأصيل :

هذه العلاقة يحددها مصدر النيابة ، فإذا كانت النيابة اتفاقية فإن الاتفاق هو الذي يحدد العلاقة بين الطرفين ، وإذا كانت قانونية تولى القانون تحديد أحكام هذه العلاقة .

٢ – العلاقة فيما بين النائب والغير :

يعتبر النائب أجنبياً عن التصرف موضوع النيابة رغم أن هذا التصرف قد تم بإرادته ، لأن ما يرتبه هذا التصرف من آثار يضاف مباشرة إلى شخص الأصيل · ويترتب على ذلك أن النائب لا يستطيع أن يطالب الغير بأي حق من الحقوق التي أنشأها العقد ، إلا إذا ثبتت له النيابة في تنفيذ العقد أيضاً (١)٠ .

كما أن النائب لا يلتزم بأي التزام ناشئ عن العقد في مواجهة الغير الذي تعاقد معه (٢) . غير أن النائب قد يسأل عن خطئه تجاه الغير الذي تعاقد معه٠ وذلك

---

(١) د: السنهوري : ص ٢٥٤ ، د / أنور سلطان : المرجع السابق – ص ٣٨ ويشير سيادته إلي أن النيابة القانونية تكون دائما شاملة للتنفيذ لأن هدفها رعاية مصلحة الأصيل كالقاصر أو المحجور عليه ، وهذ لا يتحقق إلا إذا كانت للنائب سلطة مباشرة تنفيذ التصرفات التي يعقدها نيابة عن الأصيل

(٢) د / السنهوري : ص ٢٥٤ ..

إذا قصر في أداء مهمته [١] ، والمسئولية هنا تقصيرية .

٣. العلاقة فيما بين الأصيل والغير :

يختفي شخص النائب بمجرد إبرام العقد – إلا إذا كانت النيابة تشمل التنفيذ – وتنشأ علاقة مباشرة بين الأصيل والغير ، فيكتسب كل منهما ما ينشأ عن العقد من حقوق تجاه الآخر ، وتتولد الالتزامات الناشئة عن العقد في ذمة كل منهما نحو الآخر .

وتضاف آثار العقد إلى ذمة الأصيل طالما قبل مقدماً تعاقد النائب باسمه ، بل حتى لو لم يقبل ذلك في بعض الحالات كما في النيابة القانونية . [٢]

وقد قضت المادة / ١٠٥ من القانون المدني بأن تنصرف الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الذي أبرمه النائب إلى ذمة الأصيل مباشرة، شريطة أن يكون النائب قد أبرم العقد في حدود نيابته ، حيث نصت المادة المذكورة على أنه : " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل. " [٣]

---

(١) نفس الإشارة . وقد يسأل النائب تجاه الأصيل ، أو تجاه الغير والأصيل .

(٢) د/ أنور سلطان : ص ٣٨ .

(٣) وهذا الأثر المباشر أهم ما جاء به القانون الحديث من تقدم في شأن النيابة ، انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ٩٥ ، ٩٦

فإذا كان محل النيابة عقد بيع ، كان للأصيل أن يطالب الغير الذي تعاقد معه النائب بالثمن ،وكان للغير مطالبة الأصيل بتسليم الشيء المبيع.

حكم تعاقد الشخص مع نفسه :

قد تكون النيابة عامة تنصرف إلى الغير كافة ، وقد تتحدد بشخص معين لا يجوز للنائب أن يتعاقد مع غيره . وإذا كانت النيابة عامة فهل يمكن أن تنصرف إلى النائب نفسه بحيث يكون نائباً عن غيره وأصيلاً عن نفسه ، أو أن يكون نائبا عن كل من المتعاقدين ؟

اختلف موقف التشريعات المقارنة من هذه المسالة فمنها ما حرم تعاقد الشخص مع نفسه كمبدأ عام إلا في حالات استثنائية أباح فيها ذلك كالقانون الألماني ، والقانون الإنجليزي والشريعة الإسلامية والقانون المصري الحالي ، ومن التشريعات ما أباح تعاقد الشخص مع نفسه كقاعدة عامة مع تحريمه في حالات استثنائية كالقانون السويسري والقانون المدني المصري القديم والقانون الفرنسي (١) .

ويرجع اختلاف الشرائع بشأن هذه المسألة إلى الاعتبارات العملية التي تجعل من الصعب على الشخص أن يوفق بين المصالح المتعارضة ، فبصفته نائباً عن الأصيل في بيع شيء مثلاً من مصلحته الحصول على أعلى سعر لهذا الشيء ، وبصفته أصيلاً عن نفسه في شراء هذا الشيء من مصلحته الحصول على الشيء بأقل سعر ، ومن ثم يوجد تعارض بين المصالح ويخشى على مصلحة الأصيل في هذه الحالة .(٢)

---

(١) د / أنور سلطان : ص ٣٠ .

(٢) وكذا الحال إذا كان الشخص نائبا عن الطرفين .

وقد نصت المادة / ١٠٨ من التقنين المدني المصري على أنه : " لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد ، كل هذا مع مراعاة ما يخالفه ، مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة " .

فالأصل إذن هو عدم جواز تعاقد الشخص مع نفسه ، نظراً لتعارض المصالح ، ولكن استثناءاً يجوز تعاقد الشخص مع نفسه في القانون المدني المصري ، في الحالات التالية :

١. موافقة الأصيل : سواء أكانت موافقة مسبقة ، أو إجازة لاحقة ، ذلك لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق ، وقد اشتمل النص (المادة / ١٠٨) على الأمرين معاً .
٢. نص القانون : ومن أمثلة ذلك أنه يجوز للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر ، سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، إلا إذا نص القانون على غير ذلك (مادة / ١٤ من قانون الولاية على المال) .
٣. قواعد التجارة : ومن أمثلة ذلك أنه يجوز للوكيل بالعمولة أن يتعامل باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري [١] .

---

(١) راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية - جـ ٢ - ص ١٠٦ .

جزاء تعاقد الشخص مع نفسه :

إذا تعاقد الشخص مع نفسه فما مصير هذا التعاقد ؟

ذهب رأي إلى أن تعاقد الشخص مع نفسه في التقنين المدني المصري قابل للإبطال لمصلحة الأصيل ، ولذلك ترد عليه الإجازة ، وهذا قد تقرر بنص خاص [١] .

غير أن رأياً آخر يذهب إلى أن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية مفادها أن الأصيل لا يقصد التوسع في الإنابة إلى حد أن يبيح للنائب أن يتعاقد مع نفسه ، نظراً لتعارض المصالح ، فإذا ما تعاقد الشخص مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً لحدود النيابة ومن ثم لا يكون تعاقده نافذاً في حق الأصيل إلا إذا أجازه ، وهذا ما يقضي به صراحة نص المادة / ١٠٨ ، وهذه القرينة البسيطة يجوز إثبات عكسها في الحالات التي أجاز فيها النص للنائب أن يتعاقد مع نفسه [٢] .

---

(١) قال بهذا الرأي : د / السنهوري : ص ٢٥٩ ، ولكنه قد عدل عنه بعد ذلك ، وهذا التأصيل هو الذي ورد بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ١٠٦)

(٢) من هذا الرأي : د / السنهوري :: ص ٢٦٠ ، د / أنور سلطان : ص ٣٠ ، د / رمضان أبو السعود : ص ٦٦ ، د/ جميل الشرقاوي : ص ١١٦

ومن جانبنا نؤيد هذا الرأي الأخير ، لأنه يتمشى مع صراحة النص ، ومع المبادئ القانونية السليمة والتي تقصر جزاء البطلان على تخلف ركن أو شرط في العقد .

المطلب الثاني
الإرادة المشتركة للمتعاقدين
(توافق الإرادتين)

يقصد بالإرادة المشتركة للمتعاقدين (أو توافق الإرادتين) اقتران الإيجاب بقبول مطابق له ، ويلاحظ أن التقنين المدني المصري القديم، وكذا القانون الفرنسي الحالي لم يهتما بهذه المسألة ، مع أنها من أدق المسائل في مجال العقد ، ومن ثم قام الفقه والقضاء بسد هذا النقص التشريعي .

غير أن التقنين المدني المصري الحالي قد نظم هذه المسألة في المواد من ٨٩ – ١٠٣ مثلما فعلت بعض التشريعات الأخرى كالتشريع الألماني والتشريع السويسري .

وسنبحث الإيجاب أولاً ، ثم القبول ، ثم اقتران الإيجاب بالقبول ، كالتالي :

الفـــــرع الأول

" الإيجــــاب "

نوضح المقصود بالإيجاب وشروطه وتمييزه عن الدعوة إلى التعاقد ، ثـم نبين مدى القوة الملزمة له ، وأحوال سقوطه ، كالتالي :

أولاً : المقصود بالإيجاب وشروطه :

الإيجاب تعبير نهائي عن الإرادة يتم به العقد إذا مـا تلاقـى معـه القبول [١] ، فهو العرض الصادر من الموجب متضمناً عزمه النهائي على إبرام العقد بمجرد أن يصادفه قبول [٢] .

ومن ثم يعد إيجاباً كل تعبير نهائي جازم قاطع الدلالة علـى اتجـاه إرادة من صدر منه إلى قبول التعاقد وفقاً لشروط معينة .

وطالما كان الإيجاب تعبيراً عن الإرادة ، فيجـب أن تتـوافر فيـه الشروط اللازمة للتعبير عن الإرادة،وفضلاً عن ذلك يلزم في الإيجاب مـا يلي :

١ – أن يكون باتاً :

يجب أن يكون الإيجاب باتاً ، أي أن يتضمن عزم الموجب النهـائي والأكيد على إبرام العقـــد إذا صـــادفه قبول من جانب من وجه إليه .

---

(١) د / محمود جمال الدين ذكي : المرجع السابق – ص ٧١ .

(٢) د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل : ص ١٠٢ .

ويكون الإيجاب كذلك إذا لم يكن معلقاً على شرط صريح أو ضمني ، ومن أمثلة ذلك أن يعرض شخص بيع بضاعة له بثمن معين مع احتفاظه بالحق في تعديل الثمن إذا ارتفعت أسعار البضائع المماثلة في السوق ، فيعد هذا إيجاباً معلقاً على شرط عدم ارتفاع الأسعار ، وكذلك الإيجاب الصادر من مدير السينما أو المسرح ، فهو إيجاب معلق على شرط وجود أماكن خالية [١] . كما يعد إيجاباً معلقاً ذلك العرض الذي ينطوي على تحفظ خاص بحق الموجب في اختيار شخص المتعاقد معه ، وذلك يكون بالنسبة للعقود ذات الاعتبار الشخصي كعقد العمل وعقد الشركة حيث يحتفظ الموجب بحق اختيار المتعاقد معه [٢] . فالإيجاب المعلق على شرط هو إيجاب موجود ولكنه لا ينتج أثره إلا إذا تحقق الشرط فينقلب إلى إيجاب بات .

غير أن الإيجاب المقترن بتحفظ يملك معه الموجب خيار رفض القبول بمحض إرادته ، لا يعد إيجاباً لأنه يتوقف على محض مشيئة الموجب [٣] .

---

(١) د /رمضان أبو السعود : ص ٧١ .

(٢) عكس ذلك : د/ محمود جمال الدين ذكي: ص ٧٤ ، د/ إبراهيم الدسوقي : ص ١٠٤ ، ص ١٠٥ ، حيث لا يري في هذا العرض إيجابا وإنما مجرد دعوة إلي التعاقد ، والحقيقة أنه إذا كان العرض باتا ومحددا ، فإنه يشكل إيجابا حتى لو كان معلقا علي إرادة الموجب في اختيار شخص المتعاقد ، طالما كان العرض متضمنا قواعد هذا الاختيار .

(٣) د/ إبراهيم الدسوقي : هامش ٢ – ص ١٠٣ .

٢ – أن يكون محدداً :

يشترط في الإيجاب أن يكون محدداً، أي أن يتضمن كافة العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه كتحديد الشيء المبيع والثمن إذا كان بيعاً، وتحديد العين المؤجرة والأجرة والمدة إذا كان إيجاراً.

وإذا لم يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية اللازم توافرها في العقد المراد إبرامه، لا يصلح إيجاباً بل مجرد دعوة إلى التعاقد، ومن أمثلة ذلك عرض السلع في واجهات المحلات التجارية دون بيان أسعارها.

ولا يشترط أن يتضمن الإيجاب كل عناصر العقد المراد إبرامه ، بل يكفي فقط أن يشتمل علي تحديد للمسائل الجوهرية ، علي أن يتولي الطرفان تحديد المسائل التفصيلية (أو الثانوية) فيما بعد ، وإذا قام نزاع بينهما بشأن هذه المسائل ، قضت المحكمة فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (١) .

كما لا يشترط أن يكون الإيجاب موجهاً إلي شخص معين بل يمكن أن يكون موجها للجمهور ، ومثال ذلك عرض التاجر السلعة مع بيان أثمانها . (٢)

---

(١) مادة / ٩٥ مدني مصري.

(٢) د/ أنور سلطان : ص ٦٣ ، د / عبد الفتاح عبد الباقي : ص ١٢١ . ومن ذلك أيضا وقوف سيارات الأجرة في الأماكن المخصصة لها في انتظار من يركبها ، غير أن الإيجاب هنا معلق علي شرط ضمني هو وجود أماكن خالية .

التمييز بين الإيجاب والدعوة إلي التعاقد :

إذا فقد الإيجاب شرطا من شروطه ، بأن كان غير محدد ، أو غير بات ، اعتبر مجرد دعوة إلي التعاقد وليس إيجاباً ، ومن أمثلة ذلك الإعلان عن بيع منزل بأعلى سعر يعرض ، وعرض شخص علي آخر القيام بعمل معين ، دون تحديد الشروط والتفاصيل اللازمة ، والإعلان عن السلع والخدمات في الصحف وغيرها من وسائل الإعلام ، وإرسال أو توزيع قوائم الأسعار الجاري التعامل بها ، والعرض الموجه للجمهور بشأن الحاجة إلي عامل معين كسكرتير خاص مثلاً ، حتى لو تضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، طالما كانت شخصية من يراد التعاقد معه محل اعتبار أساسي في التعاقد ، حيث لا ينطوي هذا الإعلان علي إيجاب بإبرام عقد العمل ، بل هو مجرد دعوة إلي التعاقد ، لأن صاحب الإعلان لا يقصد التعاقد مع كل من يتقدم إليه ، وإنما يدعو الناس إلي التقدم إليه ، ليتخير من بينهم من يشاء (١) .

ومعيار التمييز بين الإيجاب والدعوة إلي التعاقد ، يكمن فيما إذا كان العرض ينم عن عزم صاحبه علي إبرام العقد مباشرة أي بمجرد أن يقبله من وجه إليه ، أم عن مجرد التمهيد أو التحضير له ، فإذا كان الأمر الأول كنا بصدد إيجاب ، وإن كان الأمر الثاني كنا بصدد مجرد دعوة إلي

---

(١) د / عبد الفتاح عبد الباقي : ص ١٢٣ ، ص ١٢٤ .

التعاقد أو التفاوض [1] . فالنية التي تصاحب التعبير هي منـاط التمييز بينهما ، فإذا قصد بتوجيه التعبير إبرام العقد إذا تلاقي معه القبول، يكون التعبير إيجاباً ، أما إذا لم يقصد بتوجيهه سوى التمهيد للإيجاب أو الحث عليه ، يكون مجرد اقتراح أو دعوة إلي التعاقد ، وقاضي الموضوع هـو الذي يتبين هذه النية من ظروف الدعوى دون رقيب عليه [2]" .

وللتمييز بين الإيجاب ومجرد الدعوة إلي التعاقد أهمية كبري ، ذلك لأن الإيجاب إذا صادفه قبول انعقد العقد ، في حين لا تصلح الدعوة إلـى التعاقد إذا استجاب لها من وجهت إليه لإبرام العقد ، حيث أن الاسـتجابة للدعوة هي التي تعد إيجاباً ، يلزم قبوله من جانب موجه الدعوة . ومن ثم يكون للداعي أن يعدل عن دعوته ولا يترتب علي هـذا العـدول أيـة مسئولية عليه ، اللهم إلا إذا اقترن مسـلكه بخطـأ تقصـيري [3] ، أمـا الموجب فلا يسـتطيع أن يعدل عن إيجابه بعد قبوله من الطرف الآخر .

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ١٢٣ ، حيث يوضح سيادته أن المعيار المذكور قوامه أمران : الأول : العزم النهائي من مقدم العرض علي إبرام العقد ، والثاني : أن يحصل العرض علي نحو يؤدي إلي قيام العقد بمجرد قبوله من الطرف الآخر ، وهذان الأمران يتطلبان في العرض أن يتضمن طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية .

(٢) د / محمود جمال الدين زكي : ص ٧٢ ، ص ٧٣ .

(٣) وذلك في الحالة التي يعد فيها رفض التعاقد عملاً خاطئاً من شأنه أن يستوجب المسئولية علي أساس العمل غير المشروع ، ويتحقق ذلك إذا كان الشخص قد استحث الطرف الأخر علي التعاقد ، ثم عدل بعد ذلك ورفض التعاقد دون مبرر مشروع وجدي . راجع : د/ السنهوري : ص ٢٦٢ ، ص ٢٦٣ ، ونقض مدني : ١٩٦٧/٢/٩ – مجموعة أحكام النقض – س ١٨ – رقم ٥٢ – ص ٣٣٤ . والدعوة إلي التفاوض ليست إلا عملا ماديا ، ومن ثم فإن من يكلف بالتفاوض يكون مجرد وسيط ، ولا يعد نائبا لأن النيابة لا تكون إلا في التصرفات القانونية .

ثانياً : القوة الملزمة للإيجاب

لم يرد نص في القانون المدني المصري السابق يوضح مدي القوة الملزمة للإيجاب ، وكان السائد في الفقه والقضاء أن للموجب حرية العدول عن إيجابه طالما لم يقترن به قبول ، اللهم إلا إذا كان الموجب قد حدد ميعاداً للقبول صراحة أو كان الميعاد ضمنياً يستفاد من العرف أو من طبيعة المعاملة ، حيث يلتزم الموجب بالبقاء علي إيجابه حتى ينقضي الميعاد [١] .

وقد أراد المشرع في المشروع التمهيدي للقانون المدني الحالي ، الأخذ بقواعد المذهب الجرماني الذي يعتبر الأصل في الإيجاب أن يكون ملزماً ، لأن ذلك يحقق استقرار المعاملات القانونية [٢] ، ولهذا نصت المادة / ١٢٩ من المشروع التمهيدي علي أن " كل من صدر منه إيجاب يلتزم بإيجابه ، ما لم يصرح بأنه غير ملزم ، أو ما لم يتبين من الظروف أو من طبيعة التعامل انه لم يقصد أن يلتزم بايجابه " ، غبر أن هذا النص

---

(١) وقد اختلف الفقه في تفسير هذه القوة الملزمة إلي ثلاثة آراء : الأول : يري أن الموجب قد ألزم نفسه بإرادته المنفردة ، غير أن هذا الرأي لا يتفق والتقنين القديم والذي كان لا يأخذ بنظرية الإرادة المنفردة كقاعدة عامة ، ولهذا ذهب رأي أخر إلي أن هناك عقدا ضمنياً قد نشأ يلزم الموجب بالبقاء علي أيجابه ، ولكن هذا الرأي لم يسلم به الفقه ، فقيل بنظرية المسئولية التقصيرية علي أساس أن عدول الموجب عن أيجابه بشكل خطأ يوجب المسئولية إلا أن ذلك يعد مصادرة علي المطلوب . راجع حول هذه الآراء بالتفصيل : د/ السنهوري : نظرية العقد – ص ٢٤٤ : ص ٢٤٦ .

(٢) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ٣٠ .

قد حذف في لجنة المراجعة اكتفاءاً بالمادة / ٩٣ من التقنين ، التي رؤى أنها تشتمل علي ذات القاعدة في صورتها العملية [١] .

وقد نصت المادة / ٩٣ من التقنين المدني الحالي علي انه :" ١- إذا عين ميعاداً للقبول التزم الموجب بالبقاء علي أيجابه إلي أن ينقضي هذا الميعاد . ٢- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة " .

من هذا النص يتضح أنه ليس للموجب أنه يرجع في أيجابه طالما عين ميعاداً للقبول ، أما إذا لم يكن هناك ميعاد للقبول فإن للموجب حرية العدول عنه طالما لم يقترن به القبول . وهذا الحكم هو الذي يسود في الفكر القانوني المعاصر ، ولدي جمهور الفقه الإسلامي فيما يسمي بخيار الرجوع [٢] .

وتجدر الإشارة إلي أن الإيجاب لا يكون قائماً – في ظل القانون المدني المصري – إلا إذا اتصل بعلم الموجب ، ذلك لأن الإيجاب تعبير عن الإرادة ، والتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه (مادة / ٩١ مدني) ، وبالتالي يجوز للموجب أن يرجع في أيجابه طالما لم يتصل بعلم من وجه إليه .

---

(١) نفس الإشارة .
(٢) انظر : د / عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ١٢٧ ، وهامش ١ ، ٢ ، حيث يشير سيادته إلي ان مجلة الأحكام العدلية قد أخذت بخيار الرجوع في المواد من ١٨٢ : ١٨٥ .

أما إذا حدد ميعاداً للقبول ، التزم الموجب بالبقاء علي ايجابه خلال الميعاد ، ولا يستطيع التحلل منه ٠ وقد يتم تحديد الميعاد صراحة ، كما قد يستفاد ضمناً من الظروف أو من طبيعة المعاملة كأن يعرض شخص علي آخر أن يبيعه سيارة أو آلة بشرط التجربة ، حيث يتحدد الميعاد بالوقت اللازم لتجربة السيارة أو الآلة بجسب المألوف في التعامل ، ومثال ذلك أيضاً أن يكون الإيجاب لغائب ، حيث يتحدد الميعاد هنا بالوقت اللازم لوصول الإيجاب للطرف الآخر ورده عليه ووصول هذا الرد إلى علم الموجب [١] .

ولمحكمة الموضوع سلطة تقدير الميعاد الضمني إذا ثار نزاع بشأنه [٢] إذ أن تلك مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع دون رقابة علي حكمة من محكمة النقض [٣] .

وتتأسس القوة الملزمة للإيجاب المقترن بميعاد ، علي الإرادة المنفردة للموجب ، وهذا ما يستفاد من صياغة نص المادة / ٩٣ [٤] .

---

(١) د / عبد الفتاح عبد الباقي : ص ١٣٠ ، ص ١٣١ .

(٢) د / محمود جمال الدين زكي : ص ٧٨ ، مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ٣٧

(٣) د / عبد الفتاح عبد الباقي : ص ١٣١ ، نقض مدني : ١٩٦٤/٧/٢ – مجموعة أحكام النقض – س ١٥ – رقم ١٣٩ – ص ٨٩٥ .

(٤) د / محمود جمال الدين زكي : ص ٧٨ .

ثالثاً : أحوال سقوط الإيجاب

إذا قام الإيجاب مكتملاً وجوده القانوني ، فإنه يسقط بواحد من الأمور الآتية : [١] .

١- رجوع الموجب في أيجابه غير المقترن بميعاد القبول .

٢- انقضاض مجلس العقد دون أن يصادفه قبول ، أو العدول عنه قبل انقضاض مجلس العقد .

٣- رفض الإيجاب المقترن بميعاد ممن وجه إليه ، سواء برفضه صراحة أو بالتعديل فيه .

٤- انقضاء الميعاد دون أن يصادفه قبول [٢] .

ويلاحظ أنه إذا سقط الإيجاب لسبب من الأسباب المذكورة ، ثم صدر قبول من الطرف الآخر ، فهذا القبول يعد بمثابة أيجاب جديد موجه لمن صدر منه الإيجاب الأول،فإذا قبله انعقد العقد[٣] .

---

(١) في هذه الأمور بالتفصيل راجع : د/ عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ١٣٣ وما بعدها ، يذكر أن المشروع التمهيدي كان يعدد حالات سقوط الإيجاب في المادة / ١٣٣ ، غير أن هذا النص قد حذف لأنه يحسن ترك الأمر للفقه ، انظر مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ٤٠ ، ٤١

(٢) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ٣٦ . ويضاف إلي الحالات المذكورة موت الموجب أو فقده الأهلية قبل أن يقترن به قبول .

(٣) د / السنهوري : ص ٢٧٠ ، وراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ٤٩ حيث كانت اقضي بأن القبول بعد الميعاد بمثابة إيجاب جديد .

الفـــــــــرع الثاني

" القبُـــــــــــــول "

سنوضح المقصود بالقبول وشروطه ، ثم أحكامه ، كالتالي :

أولاً : المقصود بالقبول وشروطه

يقصد بالقبول التصرف الذي بمقتضاه يعلن الموجب لــه (من وجه إليه الإيجاب) إرادته بالموافقـــة على التعاقد وفقاً للإيجاب الـذي وجـه إليه (١) . فهو " موافقة الموجب له على الإيجاب الموجه إليه بالشـروط التي تضمنها دون تعديل ، ويترتب عليه انعقاد العقد إذا ما أتصـل بعلـم الموجب والإيجاب ما زال قائما" (٢) فالقبول هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب بالموافقة علي هذا الإيجاب (٣) .

ويشترط في القبول ما يلي :

١. أن يكون باتا ومنجزاً بحيث يقصد به من صدر منه إبرام العقد ، فلا يكون معلقاً علي شرط أو مضافا إلي أجل .
٢. أن يصدر في وقت يكون الإيجاب فيه قائما . (٤)
٣. أن يكون مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة ، بحيث لا يتضـمن مـا يزيد في الإيجاب أو يقيد منه ، أو يعدل فيــه ، وإلا اعتبــر رفضــاً يتضمن إيجاباً جديداً (٥) يكون للطرف الأخر أن يقبله ، أو يرفضه .

---

(١) د / الأهواني : ص ٦١ .
(٢) د / إبراهيم أبو الليل : ص ١١٥ .
(٣) د / محمود جمال الدين زكي : ص ٧٨ .
(٤) فإذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب ، اعتبر بمثابة إيجاب جديد لا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر . ويجب أن يتصل القبول بعلم الموجب .
(٥) مادة / ٩٦ مدني .

ويثير هذا الشرط الحديث عن مسألتين هما :

(أ) حكم التطابق الجزئي بين الإيجاب والقبول :

إذا صدر قبول جزئي للإيجاب ، فهل ينعقد العقد في حدود هذا القبول ؟.

الأصل عدم جواز تجزئة الإيجاب ، ما لم تكن نية الموجب متجهة إلي جواز تجزئة الإيجاب ، فإذا كان الموجب يعرض بيع عدة عقارات حدد لكل منها ثمناً مستقلاً ، وكان يستوي لديه بيع الصفقة ككل أو بيع كل عقار علي حده ، فإن قبول شراء أحد العقارات يؤدي إلي إبرام العقد بخصوص هذا العقار ، لأن الإيجاب يقبل التجزئة . [(١)]

أما إذا اتجهت نية الموجب إلي عدم التجزئة ، أو كانت الصفقة محل الإيجاب لا تقبل التجزئة بطبيعتها ، فإن القبول الجزئي لا يؤدي إلي انعقاد العقد لعدم تطابق القبول مع الإيجاب .

(ب) مدى كفاية تطابق الإيجاب والقبول علي المسائل الجوهرية لانعقاد العقد :

إذا تطابق القبول مع الإيجاب بشأن المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، فهل هذا يكفي لانعقاد العقد ؟

---

(١) د / الأهواني : ص ٧٢ .

أجابت المادة / ٩٥ من القانون المدني علي ذلك ، حيث نصت علي أنه : " إذا اتفق الطرفان علي جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف علي المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة " (١) .

فهذا النص يقرر حكماً مفاده أن العقد ينعقد إذا اتفق الطرفان علي جميع المسائل الجوهرية كالثمن والشيء المبيع في عقد البيع ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، بشرط ألا يعلق الطرفان إتمام العقد علي الاتفاق حول هذه المسائل التفصيلية ، وإذا قام نزاع بشأن تلك المسائل ، فإن للمحكمة أن تقضي فيها وفقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف وقواعد العدالة .

وهكذا يشترط لتطبيق الحكم الوارد بنص المادة / ٩٥ من القانون المدني ما يلي :

الشرط الأول : الاتفاق علي جميع المسائل الجوهرية للعقد

---

(١) وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية تعليقاً علي هذا النص : " وعلي هذا النحو يتسع نطاق مهمة القاضي ، فلا يقتصر علي تفسير إرادة العاقدين ، بل يستكمل ما نقص منها " . راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ٤٦ .

يجب أن يتفق الطرفان علي جميع المسائل أو العناصر الجوهرية للعقد ، فإذا كان بيعاً وجب الاتفاق علي الشيء المبيع والثمن ، وإذا كان العقد إيجاراً وجب الاتفاق علي الأجرة والشيء المؤجر ومدة الإيجار . ويكفي أن يكون العنصر قابلاً للتحديد ، فلا يلزم أن يتحدد فعلاً في العقد [١] ، وبناءاً علي ذلك يكفي أن يكون الثمن – علي سبيل المثال – في عقد البيع قابلاً للتحديد ، وقد نصت المادة / ٤٢٣ / ١ من القانون المدني علي أنه " يجوز أن يقتصر تقدير الثمن علي بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد " [٢]

وتتحدد المسائل الجوهرية بمعيار موضوعي ، وبمعيار شخصي ، ويقصد بالمعيار الموضوعي ضرورة توافر الأركان الأساسية اللازمة لقيام العقد وهي التراضي والمحل والسبب ، فضلاً عن ضرورة توافر الأركان المحددة لكل عقد من العقود المسماة . أما المعيار الشخصي فمقتضاه اعتبار المسألة جوهرية في نظر أحد المتعاقدين أو كليهما . ويمكن القول أن المسألة تكون جوهرية بالنسبة للمتعاقدين من خلال طبيعة الشيء محل التعاقد ، وما يجري عليه العمل ، ففي بيع السيارة المستعملة من المسائل الجوهرية أن يتم التسليم في مدة قصيرة من إبرام العقد – إن لم يكن فور التعاقد – لأن حالة المبيع تتغير مع مرور الزمن مما يؤثر علي باقي شروط التعاقد . [٣]

---

(١) د / الأهواني : ص ٦٩ .

(٢) بل أنه إذا لم يحدد المتعاقدان ثمنا للمبيع ، فلا يترتب علي ذلك بطلان البيع متي تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جري عليه التعامل بينهما (مادة / ٤٢٤ مدني) .

(٣) د / الأهواني : ص ٧٠ .

الشرط الثاني : إرجاء الاتفاق علي المسائل الثانوية (أو التفصيلية) :

يفترض هذا الشرط أن تكون المسألة الثانوية قد أثيرت أثناء المفاوضات واتفق الطرفان علي تأجيل الاتفاق عليها فيما بعد ، ومن ثم لا يسري حكم المادة / ٩٥ إذا لم تكن المسألة قد أثيرت أثناء المفاوضات وبالتالي لم يحتفظ الطرفان بها لاتفاق لاحق . ويسري علي المسائل الثانوية التي لم يتعرض لها الطرفان أحكام القواعد المكملة . (١)

ويقصد بالمسائل الثانوية أو التفصيلية مالا يدخل في المسائل الجوهرية بالمعيارين الموضوعي والشخصي ، ومن أمثلة ذلك مكان وزمان الوفاء بالثمن في عقد البيع . (٢)

الشرط الثالث : الاتفاق علي أن الخلاف اللاحق حول المسائل الثانوية لا يحول دون انعقاد العقد :

يجب أن يتفق الطرفان علي أن الخلاف الذي قد يثور لاحقا حول المسائل الثانوية لا يحول دون إبرام العقد وفقاً للشروط الجوهرية التي تم الاتفاق عليها من قبل ، ومن وقت هذا الاتفاق .

---

(١) نفس الإشارة .

(٢) ويذهب بعض الفقه إلي أن هناك ما يسمى بالشروط الثانوية بحسب الطبيعة ، ويقصد بها تلك الشروط التي لا تتصل باقتصاديات العقد ولا تؤثر بالتالي في التوازن الاقتصادي للعقد ، ومن أمثلتها شرط المحكمة المختصة محلياً بنظر المنازعات الناشئة عن العقد (مشار إليه لدى استاذنا الدكتور الأهواني : هامش ٤ ص ٧٠) .

ولكن كيف يتم حل الخلاف حول المسائل الثانوية ؟

يتم حل هذا الخلاف عن طريق القاضي وفقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف وقواعد العدالة ، ولا يتقيد القاضي في هذه الحالة بحكم القواعد المكملة ، لأن نية الأطراف لم تتجه إلي تطبيقها ، وإلا لكانوا قد سكتوا أو أحالوا إلي هذه القواعد . (١)

وواضح أن هذا النص يمنح القاضي سلطة تكملة ما شاب العقد من نقصان ، وهو خروج خطير علي القواعد العامة التي لا تسمح بمشاركة القاضي في صنع العقد ، كما أن هذه السلطة تختلف كلية عن سلطة القاضي في تفسير العقد (٢) .

ثانيا : صور القبول

قد يكون القبول صريحاً وقد يكون ضمنياً ، ونحيل بشأن القبول الصريح والقبول الضمني إلي ما سبق ذكره بصدد التعبير عن الإرادة .

فقط نشير إلي أن من أهم صور القبول الضمني التنفيذ الاختياري للعقد ، ومن أمثلة ذلك شغل المستأجر للعين التي عرض عليه المؤجر تأجيرها له ، أو توجه الطبيب للكشف علي مريض في المنزل .

---

(١) د / الأهواني : ص ٧١ .

(٢) د/ الأهواني : ص ٧٢ .

ولكن هل يصلح السكوت للتعبير عن القبول ؟

نعالج هذه المسألة تحت العنوان التالي :

مدى اعتبار السكوت تعبيراً عن القبول :

الأصل أن السكوت لا يصلح تعبيراً عن الإيجاب ، لأن الإيجاب يجب أن يكون جازماً ومفصلاً لشروط التعاقد ، فيجب أن يعبر عنه بصورة إيجابية [(١)] .

كذلك فإن السكوت لا يصلح تعبيراً عن القبول كقاعدة عامة ، لأنه "لا ينسب لساكت قول" [(٢)] ، فضلا عن أن ذلك يتفق ومبدأ الحرية التعاقدية والحرية الشخصية حيث أن الشخص حر في القبول أو عدم القبول أو السكوت ، كما أن السكوت المجرد لا يمكن أن يستخلص منه القبول ، لأنه ينطوي علي موقف سلبي ، وهذا ما يفرق السكوت عن التعبير الضمني الذي ينطوى علي موقف إيجابي [(٣)] .

---

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني ما يلي : "أما السكوت فمن الممتنع علي وجه الإطلاق أن يتضمن إيجابا ، وإنما يجوز ، في بعض استثنائية ، أن يعتبر قبولاً " راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ٩٨ .

(٢) وهذه قاعدة شرعية تضمنتها المادة / ٦٧ من مجلة الأحكام العدلية .

- وتطبيقا لذلك قضت محكمة السين المدنية في فرنسا بأن سكوت الشخص الذي أرسل إليه صاحب الصحيفة أعدادها بغية اشتراكه فيها ، وعدم رد هذه الأعداد ، أو إبداء رأيه في قبول هذا الاشتراك أو رفضه ، لا يعتبر منه قبولاً للاشتراك حتى لو كان صاحب الصحيفة قد أخطره بأن عدم رده الأعداد يقع منه بمثابة قبوله الاشتراك .
- محكمة السين المدنية : ١٩٨٣/٤/١٩ – مشار إليه لدى أستاذنا الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقي : هامش ١ – ص ١٠١ .

(٣) د/ الأهواني : ص ٦٣ .

غير أن السكوت قد يصلح دليلاً في التعبير عن القبول – علي سبيل الاستثناء – إذا صاحبته ظروف معينة ، وهو ما يعرف باسم : السكوت الملابس : يقصد بالسكوت الملابس ذلك السكوت الذي لابسته (أو أحاطت به) ظروف تجعله لا يحمل إلا علي القبول[١] . فهو سكوت اقترنت به قرائن مادية تعبر عن القبول [٢] . ويستند السكوت الملابس إلي قاعدة شرعية مفادها أن " السكوت في معرض الحاجة بيان"[٣] . وقد وضعت المادة /٩٨ من القانون المدني في فقرتها الأولي معياراً لاعتبار السكوت قبولاً ، ثم أوردت الفقرة الثانية أمثلة للحالات التي يعتبر فيها السكوت قبولاً .

وسنوضح المعيار الوارد بالفقرة الأولي من المادة / ٩٨ ، ثم نبين الحالات التي اعتبرها المشرع قبولاً :

---

(١) د/ زكي : ص ٨٠ .

(٢) د/ رمضان أبو السعود : مصادر الالتزام – دار الجامعة الجديدة للنشر – ٢٠٠٣ – ص ٤٢ .

(٣) وقد نصت علي هذه القاعدة الفقرة الثانية من المادة /٦٧ من مجلة الأحكام العدلية .
- يقسم البعض السكوت إلي ثلاثة أنواع : ١- السكوت المجرد . ٢- السكوت الموصوف الذي يكون حيث يفرض القانون التزاماً بالكلام معتبراً أن السكوت رضا . ٣- السكوت الملابس الذي يكون ساكناً في ظاهره ، متجهاً لإحداث أثر في باطنه . أنظر : د/ عادل جبري محمد حبيب : قيمة السكوت في الإعلان عن الإرادة – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية – ٢٠٠٣ – ص ٣١ . والواقع أن هذا التقسيم محل نظر ، إذ يجري الفقه علي التسوية بين السكوت الموصوف والسكوت الملابس .

(أ) معيار السكوت الملابس :

وضعت المادة ١/٩٨ من القانون المدني معياراً مرناً لاعتبار السكوت قبولاً ، ومؤدي هذا المعيار أنه إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل علي أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب . وهذا المعيار يؤسس علي مبدأ حسن النية ومبدأ الثقة بين المتعاقدين ، ففي مثل الظروف – لتي أوردها المشرع ، فإن من وجه إليه الإيجاب يجب أن يفصح عن إرادته ولا يلتزم جانب الصمت ، حيث أن سكوته يولد ثقة مشروعة لدى الموجب في قبول أيجابه ، لأن من وجه إليه الإيجاب لو كان رافضاً له لكان قد أبدى إرادته بالرفض [١] . فالمشرع يعتبر السكوت قبولاً إذا توافر المعيار الذي نص عليه ، علي أساس الإرادة المفترضة ، أي إرادة يفترضها المشرع وينسبها إلي من التزم الصمت ، فالمسألة لا تتعلق بتفسير إرادة من وجه إليه الإيجاب ، وإنما بتوافر الشروط الموضوعية لافتراض الإرادة . [٢]

ويلاحظ أن المعيار الذي أورده المشرع المصري ، يبني علي ما ينتظره الموجب وليس بما ينتظره أو يتوقعه من وجه إليه الإيجاب [٣] * .

---

(١) د / الأهواني : ص ٦٥ .
(٢) د/ الأهواني : ص ٦٤ .
(٣) وهو وضع منتقد من وجهة نظرنا . حيث أن العبرة بسلوك من وجه إليه الإيجاب ، وما إذا كان بسكوته عن الرد قد قبل الإيجاب أو رفضه ، وليس مرده إلي ماكان ينتظره الموجب . إذ أن ذلك يتمشى مع قاعدة السكوت في معرض الحاجة بيان التي أخذ بها الأحناف من فقهاء الشريعة الإسلامية ، وبهذا أخذ المشرع الكويتي في المادة / ٤٤ من القانون المدني ،والمعيار الذي أخذ به المشرع مؤداه أن سكوت المخاطب بالإيجاب يعتبر قبولاً إذا كانت ظروف التعاقد توجب عليه أن يصرح برفض الإيجاب إذا كان لا يرتضيه ، بينما لا توجب عليه ذلك إذا كان راغبا في التعاقد .
- انظر : د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل : المرجع السابق – ص ١١٩ .

ويقتضي المعيار المذكور ، ضرورة وصول الإيجاب إلي علم من وجه إليه ، فإذا لم يكن قد علم به دون خطأ منه ، أو وجد مانع يمنعه من إعلان رفضه فإن القبول لا يتوافر [١] ، كذلك لا يفسر السكوت علي أنه قبول ، إذا كان الإيجاب مقترناً بمدة لم تنقض بعد [٢] .

(ب) حالات السكوت الملابس :

أورد المشرع المصري ثلاثة حالات لاعتبار السكوت قبولاً وذلك في نص المادة / ٩٨ ، وهذه الحالات واردة علي سبيل المثال لا الحصر [٣] وقد أقرها القضاء في ظل التقنين المدني السابق [٤] .

والحالات التي أوردها المشرع للسكوت الملابس هي :

الحالة الأولي : إذا كانت طبيعة المعاملة – أو العرف التجاري – تستوجب اعتبار السكوت قبولاً :

قد تقضي طبيعة المعاملة باعتبار السكوت قبولاً ، كما إذا أدرج التاجر شروطاً جديدة في الفاتورة التي أرسلها مع البضاعة إلي المشتري الذي طلبها ، فإن سكوت هذا الأخير ، وعدم مبادرته إلي رفضها ، يعتبر قبولاً منه [٥] .

---

(١) مشار إليه لدى د/ الأهواني : هامش ٣ – ص ٦٥ .
(٢) د/ الأهواني :ص ٦٥ .
(٣) د/ رمضان أبو السعود : ص ٤٣ ، د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : المرجع السابق – ص ٣٢ .
(٤) د/ محمود جمال الدين زكي : ص ٨١ .
(٥) نفس الإشارة .

كذا فإن العرف التجاري قد يقضى باعتبار السكوت قبولاً ، كما إذا أرسل البنك بياناً لعميلة عن حسابه ، وذكر أن عدم الاعتراض علي هذا البيان يعد إقراراً له [(١)] .

الحالة الثانية : إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل :

حيث يعتبر السكوت عن الرد قبولاً ، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، كما لو اعتاد صاحب مصنع إرسال منتجات مصنعه إلي تاجر معين بمجرد طلبها منه ، فإن سكوته علي طلب تلقاه من هذا الأخير ، وعدم الرد برفضه ، يعتبر قبولاً منه له [(٢)] .

ومن أمثلة ذلك أيضاً أن تقوم إدارة مؤسسة صحفية – سبق لها أن أصدرت عدة صحف – بإرسال عدد من صحيفة أصدرتها إلي شخص معين – كما جرت العادة بينهما – فإن حازت قبوله وأراد الاشتراك فيها سكت ، وإن رفضها ردها ، حيث يعتبر السكوت هنا دليلاً علي قبول الاشتراك في الصحيفة الجديدة [(٣)] .

---

(١) د/ السنهوري : ص ٢٨٤ .

(٢) د/ زكي : ص ٨١ ، ص ٨٢ والأحكام المشار إليها بهامش ١ - ص ٨٢ .

(٣) في هذا المعني : د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ١٠٢ ، ص ١٠٣ .

- وقد يكون هناك عقد سابق بين الطرفين ، فيعد السكوت قبولاً إذا كان العقد الجديد من مكملات تنفيذ العقد السابق ، أو معدلاً له ، أو فاسخاً ، راجع : د/ السنهوري : ص ٢٨٥ ، والأحكام المذكورة بهامش ٣ .

<u>الحالة الثالثة</u> : إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه :

إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه ، بأن يكون نافعاً لـه نفعـاً محضاً ، وسكت ، فإن سكوته هذا يدل علي القبول .

ومن أمثلة ذلك عرض الهبة - الخالصة - علي الموهـوب لـه فيسكت عن الرد ، حيث يعتبر سكوته قبولاً ، وهذا يتحقق بالنسبة للهبـة التي لا تشترط فيها الرسمية (١) . وعرض الكفالة علي المدين من جانب الكفيل ، وسكوته ، إذ يعد ذلك قبولا منه للكفالة (٢) إذ الغالب أن الناس لا يرفضون ما هو في مصلحتهم . (٣)

تلك هي الحالات الواردة بنص المادة / ٩٨ من القانون المـدني ، وهي - كما تقدم - واردة علي سبيل المثال لا الحصر ، ومـن ثـم يعـد

---

(١) د/ السنهوري : ص ٢٨٦ .

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ١٠٤ .

(٣) د/ الأهواني : ص ٦٧ .

- ومع ذلك ذهب فريق من الفقه إلي أن السكوت في هذه الحالة يفسر علي الرفض وليس القبول ، لأنـه لا يتمشـى مـع منطـق الأمـور والاعتـراف بـالجميل أن يقابـل الموجب لـه(مـن وجـه إليـه الإيجـاب) الإحسـان بالصمت ، بـل علـي العكس يجب أن يعبر عن القبـول صراحـة وأن يشكر الموجب (الواهب مثلاً) علي صنيعه

- انظر في عرض هذا الرأي وتأييد المؤلف له : د/ عادل جبري محمد : المرجع السـابق - ص ٦٦ ، ص ٦٧ والمراجع المشار إليها بهوامش ص ٦٦ ، ص ٦٧ .

السكوت قبولاً إذا لابسته – أو اقترنت به – ظروف أخرى من شـأنها أن تجعله دالاً علي القبول ، ومن أمثلة ذلك سكوت الموكل بغير مبرر فتـرة معقولـة عن تجاوز وكيله حدود وكالته ، رغـم علـم الموكـل بهـذا التجاوز . (١)

وقد أورد المشرع مثالاً آخر بشأن البيع بشرط التجربة ، وذلك في نص المادة ٤٢١/١ من القانون المدني مقتضاه أنه إذا سكت المشـتري ولم يرد بالقبول أو بالرفض بعد تمكنه من تجربة المبيـع خـلال المـدة المتفق عليها أو مدة معقولة ، فإن هذا السكوت بعد انقضاء المـدة يعـد قبولاً .

ويترك لقاضي الموضوع سلطة تقدير حالات السكوت الملابس (٢) في ضوء ظروف الدعوى والأوراق المقدمة فيها ، وبالتالي تقدير مـا إذا كان السكوت يعد قبولاً ، حيث أن الأمر يتعلق بمسألة واقع .

---

١) د / عبد الباقي : ص ١٠٥ , ولكن يجب التحرز في البحث عما إذا كان هناك ما يبرر الرفض ، فقد يكون مبرر الرفض أدبياً ، كما لو كان لدى الموهوب له مبرراً أدبياً لرفضه الهبة ، حيث لا يجب اعتبار السكوت قبولاً في مثل هذه الحالة ، وإنما يترك الأمر لقاضي الموضوع : د / الأهواني : ص ٦٧ ، د/ عادل جبري : ص ٧١ .

(٢) د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : ص ٣٢ .

وأخيراً قد يعد السكوت قبولاً باتفاق الطرفين ، مثال ذلك أن يتفق الطرفان في عقد محدد المدة ، علي امتداد العقد لفترة أخرى ، ما لم يخطر أحد الطرفين الآخر قبل انتهاء العقد بفترة برغبته في الإنهاء (١) .

ثالثا : خيار القبول

لا يجبر من وجه إليه الإيجاب علي قبوله ، وإنما تكون له الحرية في القبول أو عدم القبول ، وفقا لتقديره الشخصي ، وبناء علي محض إرادته (٢) . غير أن حرية من وجه إليه الإيجاب في قبوله أو رفضه ليست مطلقة ، وإنما تتقيد بعدم التعسف في استعمال رخصة الرفض ، إذا كان هو الذي دعا الموجب واستحثه علي التعاقد بعد أن حدد شروطه ، إذ لا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض الإيجاب إلا لسبب مشروع . (٣)

وتطبيقا لذلك إذا كان الشخص تاجراً ووجه نشرات وإعلانات للجمهور متضمنة قوائم الأسعار الجاري التعامل بها ، واستجاب أحد لهذه الدعوة ، كانت هذه الاستجابة إيجابا لا يحق للتاجر رفضه إلا لسبب مشروع (٤) ، وكذلك الحال بالنسبة لأصحاب الفنادق والمطاعم حينما

---

(١) د/ عادل الجبري محمد حبيب : المرجع السابق – ص ٤٦ ، ويورد هذه الحالة تحت حالات السكوت الموصوف ويميزه عن السكوت الملابس ، وقد انتقدنا ذلك من قبل ، علي أساس أن في كل من السكوت الموصوف والسكوت الملابس ، تقترن بالسكوت ظروف معينة تؤدي إلي اعتباره قبولاً / سواء وردت هذه الظروف في نصوص القانون ، أو جري بها العرف ، أو نص عليها الاتفاق ، أو استوجبتها طبيعة المعاملة .
- كما تجدر الإشارة إلي أن المؤلف يشير في المثال المذكور في المتن ، إلي أن الأمر يتعلق بامتداد العقد وليس بتجديد العقد .

(٢) د / إبراهيم الدسوقي : ص ١٢١ .

(٣) د/ البدراوي : المرجع السابق – ص ١٠٨ .

(٤) د / البدراوي : ص ١٠٩ .

يفتحون أبوابها لاستقبال النزلاء والزبائن ، حيث لا يجوز لهم رفض الإيجاب الصادر عن النزيل أو الزبون دون سبب مشروع . (١)

فإذا كان الرفض دون سبب مشروع ، كان الشخص متعسفاً في الرفض ، ومن ثم يسأل من وجه الدعوة إلي التعاقد أمام الموجب مسئولية تقصيرية (٢) . وللقاضي أن يقصر التعويض علي مبلغ من المال، أو أن يعتبر العقد قائما علي سبيل التعويض إذا كانت الظروف تتطلب ذلك . (٣)

كما أن المشرع قد يتدخل في حالات خاصة رعاية للمصلحة العامة ، ويجعل القبول إجبارياً ، وحينئذ يوجد ما يسمى بالإجبار القانوني علي التعاقد (٤) ، كما في حالة بيع بعض السلع ، أو في إيجار الأماكن وفقاً لقانون إيجار الأماكن المصري (٥) .

رابعا : مدى سقوط القبول

لا ينعقد العقد إلا إذا اتصل القبول بعلم الموجب ، فإذا لم يكن هذا قد تم ، ومات القابل أو فقد أهليته ، فهل يسقط القبول ؟

---

(١) د / السنهوري : ص ٢٧٦ .
(٢) حيث لا يوجد عقد في هذه الحالة ، ويعد الداعي مرتكبا لخطأ تقصيري يتمثل في الإخلال بالثقة المشروعة التي أوجدها لدى الموجب .
(٣) انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ٤٥ .
(٤) راجع في ذلك : د/ جلال العدوى : الإجبار القانوني علي المعاوضة – رسالة دكتوراه – جامعة الإسكندرية – ١٩٦٥ .
(٥) د / إبراهيم أبو الليل : ص ١٢٢ .

سلك المشرع المصري مسلكاً يقضي بأنه إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل [(١)]" .

ومن ثم ، إذا مات القابل أو فقد أهليته قبل أن يتصل القبول بعلم الموجب ، فإن ذلك لا يؤثر في إمكانية انعقاد العقد إذا اتصل القبول بعلم الموجب، ويحل ورثة القابل أو من يمثله قانوناً محله في العقد ، إلا إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخصية القابل محل اعتبار في العقد ، حيث لا ينعقد العقد في هذه الحالة ، وبالتالي يسقط القبول .

---

(١) مادة / ٩٢ مدني مصري . عكس ذلك ذهب المشرع الكويتي في المادة / ٤٥ من القانون المدني ، حيث قضى بسقوط القبول في هذه الحالة .

الفــرع الثالث

اقتران القبول بالإيجاب

يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطـــابقتين ، وينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجـــه إليه ، ومن ثم يجب أن يصل القبول إلي علم الموجب حتى ينعقد العقد .

وقد يكون التعاقد بين حاضرين ، كما قد يكون بين غائبين كالتالي :

أولا : التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد

وفقا لنص المادة / ٩٤ من القانون المدني ، فإذنه إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاداً للقبول ، فإن الموجب يتحلل مـــن إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صـــدر الإيجـــاب مـــن شخص إلي آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل . ومع ذلـــك يـــتم العقد ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل علي أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد .

ويقصد بمجلس العقد اجتماع المتعاقدين في مكـــان وزمـــان واحـــد بهدف إبرام عقد معين ، ويظل هذا المجلس قائماً طالما بقي الموجب علي

إيجابه، ولم ينشغل كل من المتعاقدين أو أحدهما بأمر آخر غير التعاقد(١).

فلا يشترط أن يصدر القبول فوراً في مجلس العقد ، وإنما يجوز أن يصدر القبول بعد فترة من الإيجاب في مجلس العقد ، وذلك بشرطين : الأول : إذا لم يكن هناك ما يدل علي أن الموجب قد عدل عن ايجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، والثاني : أن يصدر القبول قبل أن ينفض مجلس العقد . (٢)

ويتحدد مجلس العقد حقيقة ، أو حكماً كما في التعاقد بالتليفون أو بأي طريق مماثل . والمهم هو ألا تفصل فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به .

---

(١) وعرفه البعض بأنه يعني : انعقاد العقد بين حاضرين وليس بين غائبين ، بأن يجتمع المتعاقدان في نفس المكان ونفس الزمان ، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة حالة كونهما منصرفين إلي التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل .

د/ إبراهيم الدسوقي : ص ١٢٤ .

- وفكرة مجلس العقد مأخوذة من الفقه الإسلامي ، ومنه انتقلت للقانون المدني المصري ، وبعض القوانين العربية الأخرى .

(٢) وهذا الحكم مستمد من الفقه الحنفي ، انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ٤٢

ثانيا : التعاقد بين غائبين

الغالب أن يتم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد ، ويتم ذلك بالمراسلة سواء أكان ذلك عن طريق البريد أو بواسطة رسول خاص لا يكون نائباً ، أو عن طريق البرق أو غير ذلك .

ويثار التساؤل حول زمان ومكان انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين، حيث أن هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به ، هل ينعقد العقد من لحظة استلام الموجب للقبول ؟ أم من لحظة علم الموجب بالقبول ؟

ظهرت أربعة مذاهب بشأن تحديد زمان انعقاد العقد هي [١] :

المذهب الأول : مذهب إعلان القبول

يذهب انصار هذا المذهب إلي أن العقد عبارة عن توافق إرادتين ، وهو يتم بإعلان القبول ، وبالتالي يرون أن هذا المذهب يتفق مع القواعد العامة ، ومع ما تقتضيه الحياة التجارية من سرعة في التعامل . غير أن هذا المذهب كان محلاً للنقد من ناحية أنه يجعل أمر التعاقد بيد القابل

---

(١) راجع حول هذه المذاهب بالتفصيل . د/ السنهوري : ص ٣٠٩ ، ص ٣١٠، د / يزيد أنيس نصير : الارتباط بين الإيجاب والقبول في القانون الأردني المقارن – مجلة الحقوق – جامعة الكويت – س ٢٧ – ع ٣ – سبتمبر ٢٠٠٣ – ص ٨٧ وما بعدها .

وحده ، حيث يتعذر علي الموجب إثبات القبول ، فضلاً عن أن إعلان الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلي علم من وجه إليه ، وبالتالي فإن مجرد إعلان القبول لا يتحقق معه توافق الإرادتين المطلوب في العقد [١] .

المذهب الثاني : مذهب تصدير القبول

يشترط أصحاب هذا المذهب أن يقوم القابل بتصدير القبول حتى يكون القبول نهائيا لا رجوع فيه ، وبالتالي يصبح إثبات القبول سهلاً . إلا أن هذا المذهب قد تعرض للنقد ، إذ يستطيع القابل أن يسترد الرسالة أو الخطاب من مصلحة البريد ، فضلا عن أن تصدير القبول لا يضيف شيئاً سوى واقعة الإرسال ، وهذه ليس لها أثر قانوني لأنها لا تفيد وصول القبول إلي علم من وجه إليه [٢] .

المذهب الثالث : مذهب استلام القبول

ويقضي بأن العقد يتم إذا وصل القبول إلي الموجب واستلم الرسالة، غير أن هذا المذهب لا يضيف جديداً ، إذ لا يكفي استلام القبول لانعقاد

---

(١) د/ الصدة : ص ١٢٤ . وتأخذ بعض التشريعات بهذا المذهب منها التشريع التونسي والليناني ، والسوري .

(٢) د/ السنهوري : ص ٣٠٩ ، د / الصدة : ص ١٢٥ . ويأخذ القانون السويسري بهذا المذهب .

العقد ، طالما أن القبول لم يصل بعد إلي علم الموجب [١] .

المذهب الرابع : مذهب العلم بالقبول

ويري أصحابه أن العقد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول ، ومن لحظة هذا العلم . ويعتبر وصول التعبير قرينة علي العلم به ، ما لم يثبت العكس [٢] .

موقف المشرع المصري

نظرا لعدم وجود نص يحسم المسألة المعروضة في التقنين المدني السابق ، فقد اختلف الفقه والقضاء ، وكان القضاء الوطني يميل إلي الأخذ بمذهب العلم بالقبول في المسائل المدنية ، وانقسم القضاء المختلط بين مذهبي العلم والإعلان ، واتجه الفقه إلي الأخذ بمذهب العلم بالقبول . [٣] أما التقنين المدني الحالي ، فقد أخذ بمذهب العلم بالقبول ، إذ بعد أن وضع القاعدة العامة في تحديد الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثرة (مادة / ٩١) ، طبق هذه القاعدة علي التعاقد بين غائبين بنص خاص هو نص المادة /٩٧ والتي قضت بأن : " ١- يعتبر التعاقد ما

---

(١) د/ الصدة : ص ١٢٥ . ويأخذ المشرع البولوني بهذا المذهب .

(٢) د/ السنهوري : ص ٣١٠ . ويأخذ المشرع الألماني بهذا المذهب ، وكذلك المشرع الأسباني ، والمشرع الإيطالي (في التقنين التجاري) .

(٣) راجع في ذلك : د/ السنهوري : ص ٣١٤ ، ص ٣١٥ ، وهوامش ص ٣١٥ .

بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك .
٢- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول " (١)

ويتضح من هذا النص أن التعاقد بين غائبين يعتبر قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، إلا أن هذه القاعدة مكملة حيث يجوز الاتفاق علي ما يخالفها كأن يتفق علي أن ينعقد العقد وقت إعلان القبول (٢) ، كذلك لا تسرى القاعدة إذا وجد نص قانوني يقضي بخلاف حكمها (٣) . ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول ، فوصول القبول قرينة علي العلم به ، ولكنها قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها ، كأن يثبت الموجب أنه لم لعلم بالقبول رغم وصوله بسبب الغياب أو المرض (٤)° .

وتسرى الأحكام المذكورة علي التعاقد بطريق التلكس أو الفاكس لأنهما يأخذان حكم التعاقد بين غائبين ، فيتم العقد في الزمان والمكان

(١) وجاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا النص : " وبعد ، فمذهب العلم هو الذي يستقيم دون غيره مع المبدأ القاضي بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلي علم وجه إليه علي نحو يتوفر معه إمكان العلم بمضمونه ..... " راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ٥٣ ، ص٥٤ .
(٢) د/ الأهواني : ص ٧٦ .
(٣) كنص المادة / ٥٩٩ من القانون المدني الخاص بالتجديد الضمني لعقد الإيجار ببقاء المستأجر منتفعاً بالعين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، حيث يتم التجديد أي ينشأ إيجار جديد دون حاجة إلي أن يعلم المستأجر بأن المؤجر لا يعترض .
(٤) د/ الصدة : ص ١٢٨ .

الذين يعلم فيهما الموجب بالفاكس أو التلكس المتضمن القبول ، وهنـاك قرينة بالعلم في مكان وزمان تلقى الرسالة [١] . أما التعاقد بالتليفون فإنه يأخذ حكم التعاقد بين حاضرين فيما يتعلق بزمان انعقاد العقـد ، لأن كـل متعاقد يعلم بالتعبير الصادر من الآخر وقت صدوره ، ولكنـه فـي حكـم التعاقد بين غائبين فيما يتعلق بمكـان انعقـاد العقـد لأن المتعاقـدين لا يجمعهما مجلس واحد [٢] .

أهمية تحديد زمان انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين :

لتحديد زمان انعقاد العقد أهمية كبرى ويتجلي ذلك بصفة خاصـة فيما يلي :

١. تحديد الوقت الذي لا يستطيع الموجب بعده أن يعدل عن أيجابه إذا كان الإيجاب غير ملزم ، وكذلك الوقت الذي لا يستطيع القابل بعـده ان يعدل عن قبوله .
٢. تحديد الوقت الذي تترتب فيه آثار العقد .
٣. تحديد بدء سريان تقادم الالتزامات الناشئة عن العقد .
٤. تحديد مدى سريان العقود التي صدرت من تاجر أشهر إفلاسه
٥. تحديد الأهلية اللازمة للتعاقد لدى كل متعاقد .

---

(١) د/ الأهواني : ص ٧٦ .

(٢) وكان هناك نص في المشروع التمهيدي ينص علي أن : " يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأي طريقة مماثلة كأنه يتم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان ، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان " غير أن هذا النص قد حذف لوضوح حكمه ، راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ٥٢ – ص ٥٣ .

٦. تحديد اللحظة التي يتوافر فيها حسن أو سوء نية المتعاقد .

أهمية تحديد مكان انعقاد العقد :

لهذا التحديد أهمية كبري ، لاسيما فيما يخص علاقات القانون الدولي الخاص ، حيث يفيد تحديد مكان انعقاد العقد في تحديد :

١-القانون الواجب التطبيق علي المنازعات الناشئة عن العقد ، وكذا القانون الذي يحكم شكل العقد .

٢-الاختصاص القضائي بالمنازعات العقدية .

المطلب الثاني

صحـــة التراضي

لا يكفي وجود التراضي لإبرام العقد ، وإنما يجب أن يكـون هـذا التراضي صحيحاً ، أي خاليا من العيوب التي قد تشوبه ، ذلـك لأن إرادة كل متعاقد لابد وأن تكون حرة واعية مدركة لأمر التعاقد ، وأن تصـدر ممن هو أهل للتعاقد .

ونظراً لسبق دراسة الأهلية – لاسيما أهلية الأداء – بمقرر المدخل لدراسة القانون ، فلا نكرر الحديث فيها ، وإنما نحيل بشأنها إلـي كتـب ومؤلفات المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق) . فقط نشير إلي أنه إذا تم إبطال العقد لنقص أهلية أحد المتعاقدين ، وكان هذا الأخير قد لجأ إلي استخدام وسائل احتيالية لإخفاء نقص أهليته ، فإنه يجوز للمتعاقد الآخـر مطالبته بالتعويض في هذه الحالة [1] .

التمييز بين الإرادة المعدومة والإرادة المعيبة :

تعتبر الإرادة معدومة إذا صدرت من شخص عديم الأهلية كالمجنون ، والصبي غير المميز ، أما الإرادة المعيبة فهي إرادة تصدر من شـخص كامل الأهلية ولكن شاب إرادته عيب مـن عيـوب الإرادة وهـي الغلـط والتدليس والإكراه والاستغلال ، فهي إرادة موجودة ولكنها معيبة ، بعكس

(١) مادة / ١١٩ مدني مصري .

الإرادة المعدومة والتي لا وجود لها أصلاً . وقد تناول المشرع المصـــري عيوب الإرادة في المواد من ١٢٠ – ١٣٠ من القانون المدني المصري ، وسندرس كل عيب من عيوب الإرادة الأربعة علي الترتيب الوارد بالقانون المدني ، وذلك فيما يلي :

الفـــرع الأول

" عيب الغلـــط "

بداءة نوضح المقصود بالغلط الذي يعيب الإرادة ، ثم شروط إبطال العقد للغلط ، ومبدأ عدم جواز التعسف في التمسك بالغلط ، كالتالي :

أولا : المقصود بالغلط كعيب في الإرادة :

يعني الغلط بصفة عامة توهم غير الواقع ، أما الغلط الــذي يعيــب الإرادة فيقصد به " وهم يقع فيه المتعاقد فيصـــــور له الأمر علي خلاف الحقيقة ، ويكون هو الدافع إلي التعاقد " (١) فهو " اعتقاد يخالف الحقيقة ، فيتصور الشخص واهماً أمراً علي غير الحقيقة ، ويكون هــذا الــوهم دافعاً له إلي التعاقد " (٢) .

(١) قرب من هذا التعريف ، د / الصدة : ص ١٨٢ .

(٢) د/ محمد حسام لطفي ، د/ مصطفي عبد الجواد : مصادر الالتزام في القانون المدني المصري – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٣ – ص ١٩٨ .

ومن أمثلة ذلك أنْ يشتري شخص تمثالاً يعتقد أنه أثري وهو ليس كذلك ، أو يشتري شخص قطعة أرض زراعية معتقداً أنها تتصل بالطريق العام ثم يتضح له فيما بعد أنها محبوسة عن الطريق العام ، أو يستأجر شخص شقة سكنية يعتقد أنها بحرية فإذا بها قبلية [١] .

ولا يدخل في نطاق الغلط الذي يعيب الإرادة ما يلي :

أ- الغلط المانع : وهو غلط يعدم الإرادة ، وبالتالي يكون التراضي غير موجود ، ويقع العقد باطلاً. أما الغلط الذي يعيب الإرادة ، فيجعل العقد قابلاً للإبطال .

والغلط المانع قد يقع في ماهية العقد ، كما لو أعطي شخص لآخر نقوداً علي أنها قرض وأخذها الآخر علي أنها هبة ، وقد يقع في ذاتية المحل كما لو كان شخص يملك سيارتين مختلفتين فباع إحداهما ، والمشتري يعتقد أنه يشتري الأخرى ، وقد يقع في السبب ، كما إذا اتفق الورثة مع الموصي له علي قسمة المال الشائعة بينهم ، ثم تبين أن الوصية باطلة [٢] .

ب- الغلط المادي : وهو ذلك الغلط الذي يقع فيه المتعاقد بعد تكوين إرادته علي وجه صحيح . وهذا الغلط لا يعيب الإرادة حيث ينعقد العقد صحيحاً مع تصحيح ما وقع من غلط . ومن أمثلته الغلط في الحساب [٣].

(١) د / الصدة : ص ١٨٢ .

(٢) د/ السنهوري . : ص ٣٨٣

(٣) كأن يكتب الثمن ١٠٠٠٠ جنيه مصري بدلا من ١٠٠٠٠٠ جنيه .

وقد نصت عليه المادة / ١٢٣ من القانون المدني ٠ قائلة : " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط " ٠

ج- الغلط في النقل أو في التفسير : وهو غلط يقع وقت نقل الإرادة، إذا نقلت علي غير وجهها الصحيح ، أو في تفسيرها إذا فهمها من وجهت إليه علي غير حقيقتها (١) ٠

ويختلف عن الغلط الذي يعيب الإرادة ، حيث أن الأول حالة تقوم بنفس من وجهت إليه الإرادة ، أما الثاني فهو حالة تقوم بنفس من صدرت منه الإرادة (٢) ٠ والغلط في النقل أو في التفسير سبب لعدم توافق الارادتين ، وهو يقع بعد تكون الإرادة ٠

الغلط الذي يعيب الإرادة إذن ، هو غلط يقع عند تكون الإرادة ، وليس عند نقلها أو تفسيرها ، وهو لا يعدم الإرادة كالغلط المانع ٠

ثانياً : شروط إبطال العقد للغلط

يستفاد من نص المادة / ١٢٠ من القانون المدني ، أنه لا بد من توافر شروط معنية في الغلط لكي يؤدي إلي إبطال العقد وذلك حرصا علي استقرار المعاملات ، وأهم هذه الشروط ، شرطان هما (٣) :

---

(١) د/ السنهوري : ص ٣٨٤ .

(٢) نفس الإشارة .

(٣) يضيف القضاء الفرنسي شرطا ثالثا هو أن يكون الغلط مغتفرا ، أي أن يكون صاحبة معذوراً فيه ، ولم يصدر عنه أي إهمال ٠

الشرط الأول : أن يكون الغلط جوهرياً :

تطلبت الفقرة الأولي من المادة / ١٢٠ أن يكون الغلط جوهرياً ، ثم بينت المادة / ١/١٢١ المقصود بالغلط الجوهري ، حيث قالت : " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط" .

وأوضحت الفقرة الثانية من المادة / ١٢١ أهم الحالات التي يعتبر فيها الغلط جوهرياً ، حيث نصت علي أن : " ويعتبر الغلط جوهرياً علي الأخص : أ - إذا وقع في صفة في الشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية .
ب- إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد " .

فالغلط الجوهري هو الغلط الدافع إلي التعاقد ، بحيث لولاه ما أقدم الشخص علي التعاقد ، وقد أخذ المشرع صراحة بالمعيار الشخصي أو الذاتي في تحديد أثر الغلط علي الإرادة [١] ، فالعبرة بأثر الغلط علي إرادة المتعاقد ، وليس بأثره علي إرادة المتعاقد العادي [٢] .
ويلاحظ أن المعيار الذاتي نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة [٣] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : جـ ٢ - ص ١٤٣ .
(٢) انظر بالتفصيل في تطور الفقه الفرنسي من الأخذ بمعيار موضوعي إلي الأخذ بمعيار ذاتي ، الأستاذ العلامة السنهوري : المرجع السابق - ص ٣٨٨ وما بعدها .
(٣) د/ السنهوري : ص ٣٩٠ .

وقد أورد المشرع تطبيقين للغلط الجوهري هما :

١ – الغلط في صفة جوهرية في الشيء :

يكون الغلط جوهرياً – على الأخص – إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ، ولما ينبغي في التعامل من حسن نية [١] .

ومن أمثلة ذلك شراء شخص تحفة أثرية معتقداً أنها من الذهب الخالص ، ثم يتضح أنها من النحاس المطلي بالذهب ، أو شراء شخص قطعة أرض معتقداً أنها تحد من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار ، وتبين بعد ذلك أن هذا الشارع لا وجود له ،وأن الأرض محصورة من جهاتها الأربع ولا منفذ لها إلي الطريق العام ، أو من يشتري قطعة قماش معتقداً أنها قابلة لأن تغسل ثم يتضح أنها غير قابلة لذلك [٢] .

---

(١) مادة ١٢١ / ٢ / أ من القانون المدني .

(٢) وهذه الأمثلة من واقع قضاء المحاكم في ظل التقنين المدني القديم ، انظر في ذلك وفي أمثلة أخرى لدى : د/ الصدة : المرجع السابق – ص ١٩٠ ، والأحكام المشار إليها بهوامش هذه الصفحة ، وانظر أمثلة أخرى في ظل القانون الحالي لدى : د/ السنهوري : ص ٣٩٥ ، ص ٣٩٦

وعلي العكس لا يعد غلطاً جوهرياً يجيز طلب الإبطـال ، أن يعتقـد المشتري أن الشارع الذي يحد الأرض شارع عام ثم يتبين أنـه شـارع خاص (١) .

ويلاحظ أن المشرع قد قدر صعوبة الكشف عن نية المتعاقـدين فـي اعتبار الصفة جوهرية في الشـيء ، فقـرن المعيـار الـذاتي بقرينـة موضوعية تكشف عن نية المتعاقدين وهي أمر نفسي ، فقضي المشـرع باعتبار الصفة جوهرية ، ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهريـة ، وإنما أيضا إذا وجب أن يكونا قد اعتبراها كذلك وفقا لما لابس العقد مـن ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نية (٢) .

ولكن هل يعني اشتراط المشرع أن تكون صفة الشيء جوهرية فـي نظر المتعاقدين ، أنه إذا كانت الصفة كذلك في نظر أحد المتعادين فقـط ، فلا يتحقق عيب الغلط ؟

---

(١) استئناف مختلط : ١٩١١/٢/٩ ـ ذكره : د/ الصدة : هامش ٦ ـ ص ١٩٠ ، ولا يعتبر غلطاً جوهرياً في صفة للشيء المبيع أن يقع خطأ في بيان حدود الأرض المبيعة ما دامت نمرة الأرض في خريطة فك الزمام قد ذكرت صحيحة ، وكان يمكن تمييز الأرض ومعرفتها من وراء ذلك : استئناف مختلط : ١٩١٦/١٢/٢١ ـ ذكره : د/ السنهوري : ص ٣٩٥ ، وأشار إليه بهامش ١ ـ ص ٣٩٦ .

(٢) د/ السنهوري : ص ٣٩٢ .

ـ عكس ذلك : د/ محمود جمال الدين زكي : ص ١٥٣ ، إذ يري سيادته أن هذا التفسير يتناقض مع عبارة النص ، ويؤدي إلي إهمال الأخذ بالفقرة الثانية كلية ، طالما أن للقاضي سلطة مطلقة في استخلاص نية العاقدين من ظروف التعاقد ، أو من قواعد التعامل ، أو من أي ظرف آخر دون حاجة إلي نص خاص .

ويضيف سيادته أن هذا التناقض يمكن حله عن طريق تفسيري هو أنه لا يعدو سوى تكرار للشرط الثاني الذي يقضي بأن يكون الغلط داخلا في دائرة التعاقد .

لقد أراد المشرع بهذا الاشتراط أن يكون المتعاقد الآخر على علم بالصفة الجوهرية للشيء ، أو كان من السهل عليه أن يعلم بها ، حتى يمكن الاعتداد بالغلط في صفة الشيء الجوهرية ، وهو ما يعني أن يكون الغلط متصلاً بالعاقد الآخر ، وفقا للشرط الثاني من شروط إبطال العقد للغلط [١] .

٢ – الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته :

يعتبر الغلط جوهريا وفقاً لنص المادة ١٢١/٢/ب كذلك ، إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

وهذا الغلط يقع عادة في العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار كعقود التبرع بوجه عام وبعض عقود المعاوضة [٢] ، كالغلط في شخص الموهوب له ومثله الغلط في شخص الوكيل ، والغلط في شخص العامل ، وغير ذلك من عقود الاعتبار الشخصي [٣] .

وقد يقع الغلط في صفة المتعاقد كمن يهب لآخر مالاً معتقداً أنه قريب له ثم يتضح غير ذلك ، أو من يتعاقد مع أحد الفنيين في شأن عمل يعتقد أنه متخصص فيه ثم يتبين أنه ليس كذلك [٤] .

---

(١) من هذا الرأي : د/ محمود جمال الدين زكي : ص ١٥٣ .

(٢) د/ السنهوري : ص ٣٩٦ .

(٣) د/ زكي : ص ١٥٤ .

(٤) د/ الصدة :ص ١٩١ .

ويشترط أن تكون شخصية المتعاقد أو صفته السبب الدافع إلى التعاقد، وهي تكون كذلك في نظر المتعاقدين وفقاً لقصدهما ، والذي يتبينه القاضي من ظروف الدعوى [١] .

تطبيقات أخري للغلط الجوهري :

١ – تطبيق تشريعي : الغلط في القانون

أتي المشرع بتطبيق آخر للغلط الجوهري ، هو الغلط في القانون ، حيث نصت المادة / ١٢٢ من القانون المدني علي ما يلي : " يكون العقد باطلاً لغلط في القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره " [٢] .

ومن ثم فإن الغلط في القانون إذا كان جوهرياً ، يمكن التمسك به لإبطال العقد إلا إذا نص المشرع علي عكس ذلك ، كما هو الحال بالنسبة للصلح ، حيث لا يجوز وفقاً للمادة / ٥٥٦ من القانون المدني الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون .

---

(١) نفس الإشارة .

(٢) لم يكن القانون المدني السابق يشتمل علي نص مماثل ، غير أن الفقه والقضاء في مصر قد ذهبا إلي أن الغلط في لقانون يجعل العقد قابلاً للإبطال ، إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع ، راجع : د/ السنهوري : ص ٤٠٤ ، د/ أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد – الكتاب الأول – مصادر الالتزام – الطبعة الثانية – ١٩٥٤ – ص ١٥٧ .

ومن أمثلة الغلط في القانون ، أن يبيع رجل نصيبه في تركة زوجته معتقداً أنه يرث ربع التركة ، في حين أنه يرث النصف وفقاً لقواعد الميراث لعدم وجود فرع وارث للزوجة ، وأن يفي المدين بدين طبيعي معتقداً أنه يوفي بدين مدني .

ولكن هل يشترط أن ينصب الغلط فى القانون على حكم قاعدة قانونية مكملة ؟

ذهب جمهور الفقه في مصر إلي ذلك حيث رأوا أن الغلط في القانون لا يسرى إذا تعلق الأمر بقاعدة آمرة تتصل بالنظام العام ، فلا يجوز بالتالي الاحتجاج بالغلط في القانون للإفلات من أحكام قاعدة قانونية آمرة ، أما القواعد المكملة فهي لا تتعلق بالنظام العام ، ومن ثم يجوز طلب الإبطال الغلط فيها . (١)

والحقيقة أن جمهور الفقه قد ربط بين الغلط في القانون ، وقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون ، وبالتالي فكما أن الجهل بالقانون ليس بعذر لاسيما في مجال القواعد الآمرة ، فإن الغلط في القانون لا يقبل كذلك في مجال القواعد الآمرة . وهذا التحليل غير صحيح ، ذلك لأن هناك

(١) انظر على سبيل المثال : د/ السنهوري : ص ٤٠٥ ، د/ أنور سلطان : المرجع السابق – ص ٩٧ ، ص ٩٨ .

فارق كبير بين الأمرين ، فمن يتمسك بالجهل بالقانون يريد الإفلات من حكم القانون ، أما من يتمسك بالغلط في القانون فهو على العكس يريد تطبيق حكم القانون على الوجه الصحيح ، وطالما أن هذا الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد ، فإن إبطال العقد لغلط في القانون لا يعني استبعاد تطبيق قاعدة قانونية ، ولا الهروب من حكم هذه القاعدة . [١]

وعليه ، فقد ذهب بعض الفقهاء إلي أن التمسك بالغلط في القانون يجوز سواء تعلق الأمر بقاعدة آمرة أو مكملة [٢] ، كل ما هنالك هو ألا يكون الهدف من التمسك بالغلط في القانون استبعاد حكم قاعدة قانونية آمرة ، فلا يجوز للمؤجر المطالبة بإبطال العقد لتوهمه أن الأجرة الجائزة تزيد عن القدر الذي حدده القانون ، بل ينبغي في هذه الحالة تخفيض الأجرة حتى تتعادل مع الأجرة المحددة في قانون إيجار الأماكن . [٣]

ويجب كذلك أن يكون الغلط في القانون قد انصب على حكم قاعدة قانونية مستقرة وليست محلاً للخلاف ، بأن كانت واردة في التشريع أو استقر عليها الفقه والقضاء [٤] .

---

(١) د / الصدة : ص ١٩٥ ، ص ١٩٦ .
(٢) د/ محمود جمال الدين زكي : ص ١٥٦ ، د أحمد حشمت أبو ستيت: ص ١٥٦ . د/ رمضان أبو السعود : ص ١١٧ .
(٣) د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : ص ٦٣ ، وفي هذا المعنى : د/ محمد إبراهيم دسوقي : القانون المدني – الالتزامات – ٢٠٠٠/٢٠٠١ – ص ٦٣ .
(٤) د / رمضان أبو السعود : ص ١١٧ .

نخلص مما تقدم ، أنه يجوز التمسك بالغلط في القانون ، مثله في ذلك مثل الغلط في الواقع ، إذا توافرت الشروط التالية :

١. تحقق شروط الغلط في الواقع ، بأن يكون الغلط في القانون دافعا للتعاقد ومتصلاً بالمتعاقد الآخر .
٢. ألا يهدف من يتمسك به إلي استبعاد حكم قاعدة قانونية آمرة ٠
٣. أن ينصب الغلط علي حكم قاعدة قانونية مستقرة ٠
٤. عدم وجود نص يستبعد إبطال العقد لغلط في القانون كما هو الحال في عقد الصلح [١] .

٢- تطبيقات فقهية وقضائية للغلط الجوهري :

(أ) الغلط في القيمة

إذا وقع المتعاقد في غلط بالنسبة لقيمة الشيء محل التعاقد ، وكان هذا الغلط جوهرياً ، فإنه يجوز له طلب إبطال العقد لهذا السبب [٢] ، فإذا باع شخص منقولاً ورثه ، ولا يعرف قيمته ، كأن كان أثرياً أو نفيساً ، كان العقد قابلاً للإبطال لغلط في القيمة [٣] . وإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، كان له

---

(١) مادة / ٥٥٦ مدني . ويجد هذا الاستثناء سببه في رغبة طرفي عقد الصلح في حسم النزاع دون التقيد بنصوص القانون .
(٢) ولم تكن النظرية التقليدية في الغلط ، تجعل للغلط في القيمة أي أثر .
(٣) د / محمود جمال زكي : ص ١٥٤ .

أن يطلب إبطال البيع للغلط في قيمة الشيء الذي باعه . (١)

ويشترط في الغلط في قيمة الشيء ، أن يكون هو الدافع الرئيســـي للتعاقد ، وأن يكون المتعاقد الآخر قد وقع فيه أو اتصل علمه به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه (٢) وأن يكون تأثيره في الثمثمن فادحاً ، بحيث يؤدي إلي اختلال كبيرَ بين القيمة الحقيقية للشيء ، والقيمة التي توهمها المتعاقد (٣) .

ويلاحـــظ وجود فارق بين الغلط في القيمة ، والغبن ، ذلك لأنه لا يشترط لقيام الغبن أن يكون المغبون قد وقع في غلط بالنسبة إلي قيمـــة الشيء الذي يتعاقد عليه ، وإنما يتحقق الغبن ولو كان المغبون علي بينه من قيمة الشيء (٤)" .

(ب) الغلط في الباعث :

وفقاً للنظرية الحديثة ، فإن الغلط في الباعث الدافع إلـــي التعاقـــد ، يعيب الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال .

---

(١) د/ السنهوري : ص ٣٩٧ . وانظر أمثلة أخرى لدى رمضان أبو السعود : ص ١١٥

(٢) نقض مدني : ١٩٩٧/٦/٢٣ – مجموعة أحكام النقض – س ٤٨ – رقم ١٨٤ – ص ٩٥٢.

(٣) د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : ص ٦٢ .

(٤) د/ الصدة : ص ١٩١ .

ومن أمثلة ذلك ، أن يشترى شخص سيارة معتقداً أن سيارته قد سرقت ، ثم اتضح عكس ذلك ، أو أن يستأجر مسكناً في مدينة معتقداً أنه نقل إليها ، ثم تبين أنه لم ينقل إلي هذه المدينة ، أو أن يبيع شخص مريض منزلاً لاعتقاده أنه في مرض الموت ، ثم يشفى بعد ذلك [١] .

وتجدر الإشارة إلي أن الغلط في الباعث ، هو في حقيقته غلط في السبب ، وفقا للنظرية الحديثة في السبب ، والجزاء المترتب على ذلك هو قابلية العقد للإبطال في الحالتين ، ذلك لأن السبب الذي يجعل العقد باطلاً وفقا للقانون المدني المصري هو فقط السبب غير المشروع [٢] .

الشرط الثاني : أن يكون الغلط متصلاً بالمتعاقد الآخر (أي أن يكون داخلا في نطاق العقد) :

لا يكفي لجواز طلب إبطال العقد أن يكون الغلط جوهرياً ، بل يجب كذلك أن يكون متصلاً بالمتعاقد الآخر ، أي أن يكون داخلاً في نطاق العقد، وفي هذا تقضي المادة / ١٢٠ من القانون المدني ، حيث تقول : "

---

(١) د / الصدة : ص ١٩٢ .

(٢) د/ السنهوري : ص ٤٠٢ ، ص ٤٠٣ ، وقرب من ذلك : د/ الصدة : ص ١٩٢ .

ـ عكس ذلك ذهب البعض إلي أن الغلط فى السبب يؤدي إلي البطلان المطلق ، أما الغلط في الباعث فيؤدي إلي البطلان النسبي ، وظل البعض حائراً حول هذه المسألة ، انظر في هذا الأمر : د/ السنهوري : ص ٤٠١ ، ص ٤٠٢ وهوامش هاتين الصفحتين .

إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد ، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط ، أو كان علي علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه "

والحكمة من هذا الشرط ، تتمثل في رغبة المشـرع فـي تحقيـق الاستقرار للمعاملات ، وحتى لا يفاجأ المتعاقد الآخر بإبطال عقد لم يكن له يد في إبطاله ولم يكن يعلم ، أو لم يكن من السهل عليه أن يعلـم بسـبب الإبطال .

ووفقا لنص المادة / ١٢٠ من القانون المدني ، يعتبر الغلط متصلاً بعلم المتعاقد الآخر ، في الحالات الآتية :

(أ) إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع أيضا في هذا الغلط : ومثال ذلـك أن يشتري شخص تحفة من تاجر معتقداً أنها أثرية ، وكان التاجر يشـاركه هذا الاعتقاد أيضاً . فيمنح المشتري الحق فـي إبطـال العقـد رغـم أن المتعاقد الآخر حسن النية ، إذ أن المشرع قد رجـح اعتبـارات العدالـة والمصلحة علي اعتبارات حسن النية [١] .

ويجب أن يكون المتعاقد الآخر عالماً أن هذا الغلط هو الباعث الدافع إلي التعاقد [٢] .

---

(١) د/رمضان أبو السعود : ص ١١٨ .

(٢) نفس الإشارة .

(ب) إذا كان المتعاقد الآخر عالما بالغلط : يكفي لجواز طلب إبطال العقد للغلط ، أن يكون المتعاقد الأخر عالماً بهذا الغلط ومع ذلك لم ينبه المتعاقد الآخر إلي هذا الغلط وتركه يبرم العقد ، حيث يعد المتعاقد سيئ النية في هذه الحالة ولا يكون بالتالي جديرا بالحماية [1] . ففي المثال الخاص بالتحفة الأثرية ، إذا كان تاجر الآثار يعلم – وهو الغالب – أن التحفة ليست أثرية – ومع ذلك سكت ولم ينبه المشتري الذي دفع لها ثمناً كبيراً، ففي هذه الحالة يكون التاجر سيئ النية لا يستحق حماية القانون ، ويفضل عليه المشتري بإعطائه الحق في طلب إبطال العقد للغلط .

( ) إذا كان من السهل علي المتعاقد الآخر أن يتبين الغلط الذي وقع فيه المتعاقد الأول : حيث يعد مقصراً تقصيراً جسيماً لعدم تبينه وقوع المتعاقد في الغلط ، ويتساوى التقصير أو الإهمال الجسيم مع سوء النية في هذا الصدد . فالبائع الذي يتعامل مع أحد هواة شراء التحف الأثرية وهو يعلم ذلك ، يكون مقصراً إن هم لم يتبين حقيقة هذه الصفة ، وإن عميلة إنما يريد تحفة أثرية لا تحفة عادية ، وأن هذه الصفة جوهرية في نظره [2] . والحال كذلك إذا دفع المشترى ثمناً كبيراً لهذه التحفة ، حيث يكون من السهل علي البائع أن يعلم بالغلط الذي وقع فيه المشتري .

ويقع عبء إثبات اتصال الغلط بعلم المتعاقد الآخر ، علي عاتق المتعاقد الذي وقع في الغلط ويحق له إثبات ذلك بكافة الطرق [3] .

(١) د / أحمد شوقي عبد الرحمن : ص ٦٢ .
(٢) د/ رمضان أبو السعود : ص ١١٩ .
(٣) نفس الإشارة .

ثالثا : عدم جواز التعسف في التمسك بعيب الغلط

يجب إضافة إلي الشرطين السابقين ، أن يتمسك المتعاقد بعيب الغلط أمام القضاء ، ويقع عليه عبء إثبات هذا الغلط بكافة طـرق الإثبـات ، ولمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في هذا الصدد ، ولا يجوز التمسك بعيب الغلط لأول مرة أمام محكمة النقض (١) .

ويجب عدم التمسك بعيب الغلط علي وجه يتعارض مع حسن النية ، وإلا كان المتعاقد متعسفاً ، ولهذا نص المشرع المصـري فـي المـادة / ١٢٤ علي أنه : " ١- ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به علي وجـه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية . ٢- ويبقي علي الأخـص ملزمـاً بالعقد الذي قصد إبرامه ، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيـذ هـذا العقد " .

ومن ثم لا يحق لمن وقع في غلط أن يتمسك به تعسفاً وعلي وجه يتعارض مع مقتضيات حسن النية وشرف التعامل ، فمن يشتري تحفـة أثرية معتقداً أنها كذلك ثم يتبين العكس ، لا يجـوز لـه أن يصر علـي التمسك بعيب الغلط إذا كان البائع قـد عـرض عليـه التحفـة الأثريـة المقصودة ، إذ يبقي المشتري ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامـه ، طالمـا أبدى البائع استعداده لتنفيذ هذا العقد .

---

(١) نقض مدني : ١٩٧٣/٣/١٣ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٤ – ص ٣٩٦ .

ملاحظة ختامية بشأن عيب الغلط :

إذا توافرت شروط الغلط العائب للرضاء ، وتم الحكم بإبطال العقد ، وكان للقاضي – بناءاً علي طلب المتعاقد أن يحكم بالتعويض علي المتعاقد الذي تسبب بخطئه في إبطال العقد ، باعتبار أن العقد واقعة مادية ، حيث يتم التعويض علي أساس قواعد المسئولية التقصيرية .

وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " يجوز مع القضاء ببطلان العقد للغلط – أو للتدليس – أن يحكم بالتعويض إذا ترتب عليه ضرراً بأحد المتعاقدين ، ويكون ذلك لا علي اعتبار أنه عقد ، بل باعتباره واقعة مادية متى توافرت شروط الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية في جانب المتعاقد الآخر الذي تسبب بخطئه في هذا البطلان " (١) .

---

(١) نقض مدني : ١٩٩٧/٦/٢٣ – مجموعة أحكام النقض – س ٤٨ – رقم ١٨٤ – ص ٩٥٢ (بند ١٦) .

الفرع الثاني

" عيب التدليس "

نص المشرع المصري علي عيب التدليس في المادتين ١٢٥ ، ١٢٦ من القانون المدني ، ويسميه البعض " الغلط الناشئ عن الحيل " تمييزا له عن الغلط التلقائي .

ولما كان إبطال العقد للتدليس يستند إلي أثر التدليس من حيث إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلي التعاقد ، فإن التساؤل قد أثير حول مدى جدوى النص علي التدليس كعيب مستقل إلي جانب عيب الغلط ، وهو ما سنوضحه بعد تعريف التدليس ، ثم نتطرق لبحث شروط التدليس الذي يعيب الإرادة ، وإثبات التدليس، وأثره كما يلي :

أولا : تعريف التدليس ومدى الحاجة إليه بجانب عيب الغلط :

نصت المادة / ١٢٥ من القانون المدني علي أنه :

"١ – يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد .

٢- ويعتبر تدليسا السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة ، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.

وسنبين المقصود بالتدليس وتمييزه عن الغش ، والنصب الجنائي ، ثم نوضح ما إذا كانت نظرية الغلط تغني عن التدليس ، فيما يلي :

(أ) تعريف التدليس وتمييزه عن الغش والنصب الجنائي :

يقصد بالتدليس كعيب من عيوب الإرادة " تعمد أحد المتعاقدين – وهو المدلس – استخدام الحيل أو الوسائل الاحتيالية ، ليوقع المتعاقد الآخر ، وهو المدلس عليه ،في غلط من شأنه أن يدفعه إلي التعاقد[١]" ، أو هو " استعمال الحيلة والخداع بقصد إيهام الشخص بغير الحقيقة وإيقاعه في غلط يدفعه إلي التعاقد "[٢] .

والتدليس بهذا المعني يؤدي إلي إبطال العقد ، إذا استعملت الطرق الإحتيالية بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلي إبرام العقد[٣] .

---

(١) د / الأهواني : ص ١٠٩ .

(٢) د / رمضان أبو السعود : ص ١٢٠ .

(٣) للمزيد من التفصيل حول التدليس كعيب في الإرادة ، راجع رسالة :

- P . Bonassies : Le dol dans La conclusion des Contrats – Th- Lille – 1955 .

التمييز بين التدليس والغش :

يلاحظ أن إبطال العقد للتدليس يعد تطبيقا لمبدأ " الغش يفسد التصرفات القانونية " وذلك في مجال انعقاد العقد ، وعلي ذلك فإن التدليس نوع من الغش ، ومن ثم فإن الغش أوسع نطاقاً من التدليس(١) .

وبالإضافة إلي ذلك ، فإن التدليس يستخدم في مواجهة أحد المتعاقدين ، أما الغش فإنه يستخدم في الغالب للإضرار بغير المتعاقدين ، كما هو الحال بالنسبة للدعوى البوليصية ، وقد يستخدم الغش مباشرة لخرق القانون والتحايل علي أحكامه(٢) . أيضاً فإن التدليس يستخدم أثناء تكوين العقد ، أو التمهيد له ، أما الغش فقد يقع في نطاق العقد ،

---

(١) د/ الأهواني : ص ١٠٩ . وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن قاعدة الغش يبطل التصرفات ، وهي قاعدة سليمة ولو لم يجربها أي نص خاص في القانون ، وتقوم علي اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في التصرفات والإجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والمجتمع ،

– نقض مدني : ٩ / ٢ / ١٩٥٦ – مجموعة أحكام النقض – س ٧ – ص ١٦٨ .

(٢) د/ محمود عبد الرحيم الديب : الحيل في القانون المدني – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي – دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية – ٢٠٠٠ – ص ٨٠ .

– وأيضا :

- Jacques Ghestin : Traite de droit civil – Les obligations – Le Contrat- L . G . D . J – Paris – 1980 – N . 416 – p. 329 .

وقد يقع خارجه ، ويقع غالباً أثناء تنفيذ العقد[١] .

التمييز بين التدليس والنصب الجنائي :

يقوم كل من التدليس المدني ، والنصب الجنائي ، علي وسائل إحتيالية ، ومن هنا نشأ الخلط بينهما قديماً في فرنسا بموجب القانون الصادر في ٢٢ يوليو سنة ١٧٩١ ، والذي جرم التدليس ، وعهد بالعقاب علي النصب إلي القضاء المدني ، وذلك عند النظر في الدعوى المدنية ، للحكم بإبطال العقد للتدليس ، ثم حاول القضاء التمييز بين التدليس والنصب ، وذلك بوضع تعريف يحد من اتساع النصب ليبعده عن نطاق التدليس المدني ، وأخذ المشرع الفرنسي بمذهب القضاء ، ومن ثم برزت إلي الأذهان فكرة التمييز بين التدليس المدني والتدليس (النصب) الجنائي [٢].

---

(١) د / محمود عبد الرحيم الديب : ص ٨٠ وما بعدها . وفي هذا المعني : د/ السنهوري : ص ٤٢١ .

(٢) د / محمود عبد الرحيم : ص ٧٣ ، مقال الأستاذ / إبراهيم أحمد إبراهيم : نظرية التدليس في التشريع المصري – مجلة المحاماة – س ٥٠ – ع ٩ – ص ١٠ – وللمزيد من التفصيل حول التمييز بين التدليس والنصب الجنائي ، راجع : د/ فادية يحي أبو شهبة : النظرية العامة للطرق الاحتيالية – رسالة دكتوراه – جامعة عين شمس – ١٩٨٤ – ص ٢٥١ وما بعدها .

ويتشابه التدليس المدني مع التدليس الجنائي في أن كل منهما يقوم علي استخدام طرق احتيالية من شأنها التأثير علي نفسية المدلس عليه (المتعاقد الآخر في التدليس المدني) ، والمجني عليه في التدليس الجنائي ، مما يدفعه إلي التعاقد ، كما أن المدلس في كل منهما يهدف باحتياله إلي تحقيق غرض غير مشروع ، مما يوجب العقاب في التدليس (النصب) الجنائي ، وطلب إبطال العقد في التدليس المدني (١).

ومع ذلك يختلف التدليس المدني عن التدليس الجنائي من عدة زوايا أهمها(٢) :

١- أن الأول يشكل عيباً في الإرادة يجيز للمتعاقد المدلس عليه ، طلب إبطال العقد مع التعويض ، وينظمه القانون المدني ، أما الثاني فيشكل جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات ، ويترتب عليها توقيع العقاب علي الجاني (المدلس) مع التعويض .

٢- أن الغرض من التدليس المدني هو مجرد جلب المدلس عليه إلي

---

(١) د / محمود عبد الرحيم : ص ٧٤ .

(٢) د / فادية أبو شهبة : الرسالة السابقة – ص ٢٥١ وما بعدها ، د/ محمود عبد الرحيم : ص ٧٥ وما بعدها .

التعاقد ، أما التدليس الجنائي فيهدف إلي سلب مال الغير كله أو بعضه في جميع الأحوال ٠

٣- أن التدليس الجنائي أقوي وأشد جسامة من التدليس المدني ، إذ يشترط المشرع طرقاً احتيالية محددة علي سبيل الحصر في قانون العقوبات لتكوين جريمة النصب ، بما يمثله الالتجاء إليها من خطورة اجتماعية تستوجب العقاب ٠ ومن ثم فإن مجرد الكذب لا يكفي لتوافر الطرق الاحتيالية في جريمة النصب ، بل يجب أن يكون ذلك مصحوباً بأعمال مادية[١] ، في حين يكفي ذلك في التدليس المدُني ، إذ أن دائرة الحيل في التدليس المدني أوسع منها في التدليس الجنائي ، ومن ثم فإن كل تدليس جنائي يشكل في نفس الوقت تدليساً مدنياً من باب أولي ، وليس العكس، فما يعد حيلة مكونة للتدليس المدني ، قد لا يتوافر معها التدليس الجنائي[٢] ٠

---

(١) راجع في ذلك أستاذنا الدكتور / أحمد فتحي سرور : الوسيط في قانون العقوبات – القسم الخاص – ط ٣ – دار النهضة العربية – ١٩٨٥ – ص ٨٨٢ وما بعدها.

(٢) د / محمود عبد الرحيم : ص ٧٨ ٠

ب- هل تغني نظرية الغلط عن نظرية التدليس ؟

يلاحظ أن سبب هذا التساؤل هو أن التدليس لا يؤدي إلـى إبطـال العقد إلا بسبب الغلط الذي ينشأ عنه ويدفع المدلس عليه إلـى التعاقـد ، وبالتالي فإن الغلط هو سبب الإبطال في هذه الحالة ، ولكنه غلط مسـتثار أو ناشئ عن حيل، بعكس الغلط التلقائي الذي درسناه من قبـل ، والـذي يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه ، دون أن يتخذ المتعاقد الآخر أي موقف أو سلوك إيجابي ٠

وقد حاولت المذكرة الإيضاحية تبرير مسلك المشرع المصري فـي تنظيم عيب التدليس كعيب مستقل إلي جانب عيب الغلط ، حيـث أن ذلـك يحقق مزايا أهمها : ١- أن إثبات عيب التدليس أيسر من إثبـات عيـب الغلط ، لأن الأمر يتعلق بطرق احتيالية قد تتخذ مظاهر خارجية . ٢- أن عيب التدليس يجيز للمدلس عليه الحصول علي تعـويض مـن المـدلس باعتبار أن التدليس يشكل عملاً غير مشروع ، وهو ما لا يـوفره الغلـط التلقائي (١).

والحقيقة ، أن المفهوم الحديث لعيب الغلط والذي أخذ به المشـرع المصري ، من السعة بحيث يستوعب عيب التدليس ، بحيث يمكن القـول أن المشرع لـم يكن بحاجة إلـي تنظيم عيب التدليس بصورة مستقلـة ،

---

(١) وقد ورد النص علي هاتين الميزتين بالمذكرة الإيضاحية للمشـروع التمهيـدي ، راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ١٧٢ ، ص ١٧٣ .

وإنما كان يمكن إدراجه في عيب الغلط ، بتقسيم هذا الأخير إلـى غلـط تلقائي ، وغلط مستثار (أو ناشئ عن الحيل) ، لا سـيما وأن القضـاء المصري قد أجاز للقاضي الحكم بالتعويض في حالة إبطال العقـد للغلـط تماماً كما هو الحال بالنسبة للإبطال لعيب التدليس[١] .

فقط تبقي مسألة سهولة الإثبا بالنسبة للغلط الناشئ عن الحيل ، وهذا لا يكفي لتنظيم عيب التدليس بصورة مستقلة .

ومن ثم يذهب جمهور الفقه في مصر إلي أن المشرع المصري وقد توسع في مفهوم الغلط ، لم يكن بحاجة إلي تنظيم عيب التدليس علي نحو مستقل عن عيب الغلط ، وقد يصلح هذا التنظيم في تشريعات أخري تأخذ بمفهوم ضيق لعيب الغلط كالقانون الفرنسي[٢] .

---

(١) نقض مدني : ١٩٩٧/٦/٢٣ – السابق ذكره .

(٢) د/ رمضان أبو السعود : ص ١٢١ ، د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : ص ٦٥ .

– ومن هذا الرأي ايضا : د/ السنهوري : ص ٤٤٠ .

– ومع ذلك يري البعض الإبقاء علي عيب التدليس كعيب مستقل إلي جانـب عيـب الغلط في القانون المصري ، جريا علي التقاليد ، وتنبيهاً للقاضي إلي التركيز علـى الطرق الاحتيالية التي لجا إليها المدلس ، وأثرها علي إرادة المتعاقـد ، انظـر : د/ الصدة : ص ٢٠٥ ، ص ٢٠٦ .

– وعكس ذلك يري أستاذنا الدكتور / جميل الشرقاوي أن التدليس والغلط يتداخلان ، وتغني نظرية الغلط عن نظرية التدليس علي أساس أنهما عيب واحد ، راجـع : د/ جميل الشرقاوي المرجع السابق – ص ١٢٥ .

وبالتالي فإن نظرية الغلط تغني عن التدليس ، ولكن التدليس لا يغني عن الغلط .

ثانياً : شروط إبطال العقد للتدليس

يتبين من نصوص القانون المصري ، أنه لكي يمكن إبطال العقد للتدليس – وطلب التعويض – لابد من توافر ثلاثة شروط هي :

١١ – تعمد استعمال طرق احتيالية تؤدي إلي تضليل المتعاقد .

٢ – أن تكون الطرق الاحتيالية دافعة إلي التعاقد .

٣ – أن يتصل التدليس بالمتعاقد الآخر .

وفيما يلي شرح هذه الشروط :

الشرط الأول : تعمد استخدام طرق احتيالية تؤدي إلي تضليل المتعاقد :

يجب لقيام التدليس أن يتعمد المتعاقد المدلس استعمال طرق احتيالية تولد في ذهن المتعاقد المدلس عليه غلط ، فتخفى عنه الحقيقة .

ويتحلل هذا الشرط والذي هو قوام التدليس إلي عنصرين هما :

(أ) العنصر المادي: استعمال طرق احتيالية :

يشترط بداءة أن يكون المدلس قد استعمل طرقاً احتيالية لإيهام الغير بما يخالف الحقيقة ، وهذه الطرق أو الوسائل الاحتيالية تتسع صورها بحيث تشمل كافة الوسائل التي تستخدم لإيهام الغير بما يغاير الحقيقة ، كاصطناع المستندات ، أو التزوير فيها ، أو انتحال الصفة ، أو الاستعانة بأشخاص لتأييد ما يدعيه المدلس خلافاً للحقيقة ، أو تقديم صديق بدلاً من صاحب الشأن في كشف طبي[١]. ، أو التلاعب في عداد المسافات بإنقاص عدد الكيلومترات التي قطعتها السيارة وذلك في مجال بيع السيارات المستعملة ، أو بتعمد عدم تشغيله[٢] .

وقد سبقت الإشارة إلي أن الحيل التدليسية في التدليس المدني أوسع نطاقاً منها في النصب الجنائي[٣] ، وفضلاً عن ذلك يجب أن تتجاوز الحيل في التدليس المدني الحدود المتعارف عليها للمبالغة أو للدعاية [٤] ، فإذا بالغ التاجر في مدح بضاعته وذكر أنها من أفضل البضائع ، على خلاف الحقيقة ، فهذا لا يكفي لتحقق العنصر المادي في التدليس ، طالما أن ما قام به التاجر مألوف في التعامل[٥] .

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكي : ص ١٦٠ .

(٢) د / الأهواني : ص ١١٠ .

(٣) ومع ذلك فإن كل منهما يهدف إلي إيقاع الطرف الآخر في غلط ، راجع :
- Michel Le Galcher – Baron : Les obligations – 4 e ed – Par : Patrice level – Paris – 1982 – N. 147 – P . 48 .

(٣) نفس الإشارة .

(٥) د/ الصدة : ص ١٩٩ .

ولكن هل يكفي الكذب لتحقق الطرق الاحتيالية في التدليس ؟ بل هل يكفي مجرد الكتمان أو السكوت ؟ .

مدي اعتبار الكذب من الطرق الاحتيالية في التدليس :

الكذب سلوك إيجابي يتمثل في تقديم معلومات مخالفة للحقيقة ، والأصل أن مجرد الكذب لا يكفي لقيام التدليس(١) ، كما في حالة التاجر الذي يبالغ في مدح بضاعته إلي حد الكذب، طالما أن هذا مألوف في التعامل ، ولكن إذا انصب الكذب علي واقعة معينة لها اعتبارها في التعامل فإنه يعد تدليساً، ويتحقق ذلك حينما يكون علي المدلس أن يدلي ببيانات لها أهمية خاصة في التعاقد ، كأن يدلي شخص ببيانات كاذبة لشركة التأمين عن تاريخ صنع السيارة المؤمن عليها وتاريخ

---

(١) د/ زكي : ص ١٦١ ،د، عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٣٣٥ ، د / الصدة : ص ١٩٩ . ويري البعض أن مجرد الكذب يعتبر تدليساً ، فالطبيب الذي يدفع المريض لإجراء عملية جراحية خطيرة موهما إياه بأنها عملية بسيطة يرتكب تدليساً ، انظر : د/ الأهواني : ص١١٣ . وتذهب محكمة النقض الفرنسية إلي ذلك :

- Cass . Civ : 6 – 11 – 1970 – J . Co . p – 1971 – I I – 16942 .

– والحقيقة أن الكذب في هذه الحالة أنصب علي واقعة معينة لها اعتبارها في التعاقد، وكذب الطبيب بشأنها ، حيث أن ذلك يعد إخلالا بواجب الصدق الذي يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمريض الحق في أن يضعها فيمن غرر به ، ومن ثم فإن الكذب في هذه الحالة يندرج تحت الاستثناء الذي ذكرناه للكذب التدليسي .

شرائها ، أو يذكر للشركة أنه مزارع في حين أنه بحـــار[(١)]، أو أن يقـــدم شخص بيانات غير صحيحة عن كفاءته وخدماته السابقة بقصد التحايـــل للحصول علي فرصة عمل[(٢)].

فالكذب يعد من قبيل الطرق الاحتيالية في التدليس ، إذا كان يشـــكل إخلالاً بواجب الصدق أو المصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعـــة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شـــأن ظروف الحـــال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غرر به[(٣)] .

---

(١) استئناف مختلط : ١٩١٩/٥/٢٨ – مجلة المحاماة – مجموعة الأحكام – س ٣١ – ص ٣١٦ .

(٢) محكمة مصر الكلية الوطنية : ١٩٢٨/٣/٢٩ – مجلة المحامـــاة – س ٩ – ص ٥٥٥ .

(٣) د / عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٣٣٤ ، ص ٣٣٥ ، ويذكر سيادته ما يلـــي : (ص ٣٣٥) .

" وهكذا فالكذب في حد ذاته ، ومجرداً عن أي اعتبار آخر ، لا ينهض دعامة كافيـــة للتدليس المبطل للعقد ، برغم ما فيه من قبح ، وبرغم أن ديننـــا وأخلاقياتنـــا تأبـــاه وتمقته وتحرمه . فقد تفشى الكذب اليوم ، حتى وصل بنا إلي حد إلقاء الواجب علينا في أن نتحرز نحن منه ، فإن لم نفعل ، كنا مقصرين في حق أنفسنا ، وما كان لنا أن نلجأ إلي القانون ليحمينا .، إنما الكذب الذي يتدنى إلي مرتبة التدليس هو ذاك الـــذي يأتي بمخالفة واجب خاص ، يملي علي الشخص الإحجام عنه ، غير مجرد الواجـــب الديني أو الأخلاقي .... " .

– ولا نملك إلا أن نقول : " ولله الأمر من قبل ومن بعد ، ولا حول ولا قوة إلا بالله " بعد أن ضعف الوازع الديني والخلقي لدى الناس ، وتفشت لديهم ظاهرة الكذب وأكـــل أموال الناس .بالباطل .

وهناك نوع من الكذب يسمي " الكذب المفضوح " وهو ينطوي علي مبالغة واضحة ومكشوفة بحيث لا يكون من المعقول تصـــديقها ، وهـــذا الكذب لا يؤثر علي إرادة المتعاقد ومن ثـــم لا يعيبهـــا ، لا يثيـــر أدنـــي صعوبة[١]- وهذا هو الوضع الغالب - إنما تثور المشكلة إذا انطلى هـــذا الكذب علي الطرف الآخر .

وقد انقسم الفقه بشأن هذه الحالة الأخيرة ، فذهب رأي إلي رفـــض اعتبار الكذب في هذه الحالة تدليساً ، لأن المتعاقد كان في مكنته اكتشاف هذا الكذب بسهولة لو أنه اتخذ الحد الأدنى من الحيطة والحذر ، ومن ثم فإنه إذا صدق هذا الكذب المفضوح ، فإنه يكون قد ارتكب خطأ لا يغتفر ، بينما يذهب رأي آخر إلي أن سوء نية الكاذب - في الكذب المفضـــوح - المتمثل في توافر نية التضليل يستغرق أي خطأ من جانب المدلس عليه ، ويجعل غلطه مغتفراً [٢].

---

(١) د/ الأهواني : ص ١١٤ .

(٢) في عرض هذه الآراء واتجاهات القضاء الفرنسي حول المسألة ، انظر :

- Jacques Ghestin : OP. Cit – N . 429 – PP. 340, 341 ,

حيث ينتهي إلي تأييد الرأي الثاني ، وإلي أن الالتزام بالإعلام في العقود يؤيد ذلك .

مدي اعتبار السكوت تدليساً :

الأصل أنه لا ينسب لساكت قول ومن ثم لا ينسب له مسلك تدليسي، إلا أن المادة /٢/١٢٥ من القانون المدني المصري نصت علي الآتـي : " ويعتبر تدليساً السكوتُ عمداً عن واقعة أو ملابسة ، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة " .

وهكذا فإن السكوت أو الكتمان يعد تدليساً سلبياً إذا تـوافرت فيـه الشروط التالية :

١- أن يكون هناك أمر أو واقعة كان يجب علي المدلس الإفصاح عنها بمقتضى القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة وما يحيط بها من ظروف .

٢- أن يتعمد المدلس كتمان الواقعة عن المدلس عليـه ، أي أن يكون المدلس سيئ النية ، بحيث يعلم بأهمية الواقعـة فـي التعاقد ، ويعلم أن المتعاقد الآخر يجهل الواقعة أو البيـان ، ومع ذلك تعمد الكتمان ، لتضليل المتعاقد الآخر .

٣- أن تكون الواقعة محل السكوت أو الكتمـان جوهريـة فـي التعاقد، بحيث لو علم بها المدلس عليه لما أبرم العقد[1] .

---

(١) انظر نقض مدني : ١٩٧٧/٦/٢٣ - السابق ذكره .

٤ – أن يثبت جهل المدلس عليه بالواقعة ، بحيث لا يعلمها أو لم يكن ليستطيع أن يعلم بها من طريق آخر .

ويري أستاذنا الدكتور / حسام الدين كامل الأهواني – خلافاً لما يذهب إليه الفقه المصري – أن المشرع قد وضع مبدأ عاماً بمقتضاه يعد السكوت تدليساً ، وفرض علي المتعاقدين التزاماً عاماً بعدم الخداع عن طريق السكوت أو بعبارة أخري التزاماً بالصراحة واطلاع المتعاقد الآخر علي الوقائع أو الملابسات التي يجهلها متي كانت مؤثرة في التعاقد ، وهذا الالتزام مصدره نص الفقرة الثانية من المادة /١٢٥ ، وهو يسري علي كافة العقود والمعاملات دون أية تفرقة ، والمشرع لم يضع شروطاً جديدة لاعتبار السكوت تدليساً ، وإنما طبق نفس الشروط الواجب توافرها في باقي الحيل التدليسية[١] .

ورغم وجاهة رأي أستاذنا ، إلا أنه لا يمكن القول أن كل سكوت يعد تدليساً ، وقد اعترف الأستاذ الدكتور الأهواني بذلك ، بإشتراطه كون الواقعة مؤثرة في التعاقد ، ونري أن هذا الشرط يعني في ذات الوقت أن يكون علي المتعاقد الذي سكت واجب الإفصاح عنها ، سواء بمقتضى نص في القانون ، أو في العقد ، أو تبين ذلك من طبيعة المعاملة

---

(١) د/ الأهواني : ص ١١١ ، ١١٢ . ويرى سيادته أن مسلك المشرع المصري يعطي له فضل السبق في اعتبار السكوت تدليساً، وهو ما بدأ يتجه إليه القضاء المقارن مؤخراً في سبيل توفير حماية فعالة للمستهلك .

والظروف المحيطة بها ، وإلا وقع الناس في العنت والحرج[١] .

ومن أمثلة السكوت التدليسي أن يكتم المؤمن له عن عمد ، مرضاً يتهدد حياته ، ولا يدلي بهذا البيان لشركة التأمين ، إذا كان العقـد مـن عقود التأمين علي الحياة ، أو يكتم عنها وجود خطر يتهدد المال المؤمن عليه ، كوجود مستودع سري للمفرقعات بجوار المنزل المؤمن عليه ضد خطر الحريق[٢] ، أو أن يكتم البائع عن المشتري قراراً بنزع ملكية العقار المبيع للمنفعة العامة يعلم البائع أنه علي وشك الصدور[٣] .

ويري الفقه أن نص المادة ٢/١٢٥ يسري بشأن الكذب التدليسـي من باب أولي ، لأنه ينطوي علي إخلال أشد بمبدأ الثقة[٤] .

والخلاصة ، أن الطرق الاحتيالية تشمل أية وسيلة تؤدي إلي إيهام

---

(١) د / عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٣٣٦ .

(٢) د/ عبد الباقي : ص ٣٣٧ .

(٣) د/ زكي : ص ١٦٢ . وفي مجال البيع قضى بأنه لا يمكن نسبة سكوت تدليسـي للمشتري الذي أخفى عن البائع القيمة الحقيقية للصور محل البيع ، لأنه لا يوجد علي عاتق المشترى أي التزام بالإخبار :

- Cass . Civ : 3- 5 – 2000 – D . 2002 – Somm – 928 – obs . Tournafond .

(٤) د / الأهواني : ص ١١٣ ، د / عبد الباقي : ص ٣٣٧ .

المتعاقد الآخر بخلاف الحقيقة ، وبهدف دفعه إلي التعاقد[١] .

ب – العنصر المعنوي : نية التضليل :

يجب أن يكون المدلس قد استخدم الطرق الاحتيالية بنية تضليل المدلس عليه، وتقديم معلومات غير صحيحة له، بهدف حمله على قبول التعاقد، ويجب أن يكون خطأ المدلس عمدياً ، أما مجرد الإهمال وعدم الدقة في المعلومات التي تقدم للطرف الآخر وبحسن نية فلا تؤدي إلي توافر نية التضليل[٢] ، ونفس الأمر إذا كان المتعاقد يستهدف إبراز محاسن بضاعته بقصد استهواء أو جذب العملاء وليس تضليلهم[٣] . وإذا لم يقصد بالطرق الاحتيالية التضليل فلا يعد التدليس قائماً .

ويكفي توافر نية التضليل ، ولا يشترط اتجاه إرادة المدلس إلي الإضرار بالطرف الآخر[٤] .

ويشترط الفقه أن يكون الهدف من التضليل الوصول إلي غرض غير مشروع[٥] ، يتمثل في حمل المتعاقد علي إبرام تصرف لا يتفق مع

---

(١)انظر في هذا المعنى :
- Colmar : 30 – 1 – 1970- D. 1970 – 297 – note Alfandari.

(٢) د/ الأهواني : ص ١١٤ ، ١١٥. وانظر نقض مدني ١٩٧٦/١٢/٢١ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٧ – رقم ٣٢٩ – ص ١٧٩١.

(٣) د/ الأهواني : ص ١١٤ .

(4) J. Ghestin : Op. cit – N. 426 – P.336.

(٥) على سبيل المثال : د/ جميل الشرقاوي : ص ١٥٠، د/ الصدة : ص ٢٠١.

مصلحته (أو حصول المدلس علي ما لا يعد حقاً له) فإذا كان الهدف من التضليل الوصول إلي غرض مشروع فلا يتوافر التدليس ، كما لو تبين المودع أن المودع لديه غير أمين ، فاستعمل طرقاً احتيالية للحصول منه علي إقرار بالوديعة(١) ، أو أن يستعمل الدائن طرقاً احتيالية لدفع المدين علي الوفاء بالدين(٢) .

وتقدير ما إذا كانت الوسيلة المستخدمة تعتبر من الحيل التدليسية غير المشروعة أم لا مسألة قانون يخضع قاضي الموضوع بشأنها لرقابة محكمة النقض(٣) .

<u>الشرط الثاني : أن تكون الطرق الاحتيالية دافعة إلي التعاقد</u>

يستفاد هذا الشرط من نص المادة ١/١٢٥ من القانون المدني والتي نصت علي أنه " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد " .

ومن ثم يجب أن يثبت للقاضي أن المتعاقد الذي وقع ضحية التضليل والخداع ما كان ليبرم العقد ، علي نحو ما أبرمه ، لولا تلك الحيل التي

---

(١) د/ أحمد حشمت أبو ستيت : ص ١٢٣.

(٢) د/ الأهواني : ص ١١٥.

(٣) د/ الأهواني : ص ١١٥، نقض مدني : ١٩٦٦/٥/٥ – مجموعة أحكام النقض – ص ١٧ – ص ١٠١٩.

- Cass. Viv : 30-5-1927- DH. 1927-416, \cas, com : 1-4-1952- D.. 1952-380.

أوصلته إلي أن ينخدع[١] .

وقد هجر جمهور الفقه الحديث – وبحق – تلك التفرقة التي كانت سائدة لدي الفقه التقليدي والتي تميز بين التدليس الدافع إلي التعاقد ، والتدليس غير الدافع أو العارض ، والذي يقتصر أثره علي قبول التعاقد بشروط أشد من جانب المدلس عليه والذي لا يعطي للمدلس عليه سوي الحق في التعويض ، ذلك لأن هذه التفرقة [illegible] ـقوم علي أساس منطقي أو قانوني ، ومن ثم فإن التدليس يعد مؤثراً سواء أكان هو الباعث الدافع إلي التعاقد ، أو اقتصر أثره علي قبول التعاقد بشروط أشد من تلك التي كان يقبلها المتعاقد لو لم يوجد التدليس[٢] .

---

(١) د/ عبد الباقي : ص ٣٣٤.
– وقضى بأن الغش والتدليس في التعاقد، شرطه أن يكون ما استعمل في خدع المتعاقد حيلة غير مشروعة قانونا من شأنها جعل المتعاقد غير قادر على الحكم على الأمور حكماً سليماً.
– نقض مدني : ١٩٩٧/٣/١ – مجموعة أحكام النقض – س ٤٨ –ع١ – رقم ٧٦ – ص ٣٨٩.

(٢) انظر على سبيل المثال : د/ اسماعيل غانم : في النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – القاهرة – ١٩٦٨ – بند ١٠٨ ، د/ محمود جمال الدين زكي : ص ١٦٤ ، د/ الأهواني : ص ١١٧ ، د/ السنهوري : ص ٤٣٠.
وكان هناك نص في المشروع التمهيدي (المادة / ١٧٥) يقضي بالتفرقة بين التدليس الدافع والتدليس العارض أو غير الدافع والذي يجعل المتعاقد يقبل التعاقد بشروط أثقل عبئاً ، والذي لا يعطي لمن وقع فيه إلا الحق في مطالبة المدلس عليه بالتعويض . وقد حذف هذا النص لأنه يقرر حكماً يكفي فيه تقرير قواعد المسئولية (انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – هامش ص ١٧٥).
– وانظر فيمن يؤيد الإبقاء على التفرقة في الفقه الحديث : د/ الصدة : ص ٢٠٢، على أساس أن التدليس لا يعد في ذاته – من وجهة نظر الأستاذ الدكتور الصدة – عملاً غير مشرع.

ويؤخذ في كون الطرق الاحتيالية دافعة إلي التعاقد أو غير دافعة ، بمعيار شخصي إذا نظرنا إلي أثر الطرق الاحتيالية علـــي إرادة الطـــرف ضحية التدليس ، فينظر إلي حالته من الخبرة والـــذكاء وســـنه وجنســـه وثقافته وحرفته وظروفه الشخصية ، فتكون الحيلة مؤثرة إذا انطلت علي شخص ساذج ولو كانت لا تنطلي علي الشخص المعتاد ، إذ يختار مرتكب التدليس في العادة ضحاياه من بين السذج أو من يتوسم فيهم عدم القدرة علي اكتشاف حيله ، بل إنه يستخدم الوسائل التي تناسب الحالة الذهنيـــة للضحية ، وعلي العكس تكون الحيلة مؤثرة إذا استخدمت ضد شخص علي درجة كبيرة من الذكاء أو الخبرة والتخصص بحيث لا تنطلي عليـــه ولا تدفعه للتعاقد حتى ولو كان من شأنها أن تؤثر في الشخص المعتاد،[١] وبالتالي فإن العبرة لا تكون علي أساس جسامة الحيلـــة المســـتخدمة أو درجة جسامتها ، ولا علي أساس الشخص المعتاد ، وإنما بـــالنظر إلـــي شخص من استخدمت ضده[٢] .

والأخذ بالمعيار الشخصي ، ليس مـــن شـــأنه أن يهـــدد اســـتقرار التعامل، ذلك لأن المشرع يفترض صدور التدليس مـــن المتعاقـــد الآخـــر بقصد حمل المدلس عليه علي التعاقد ، وبالتالي يتم الإبطال في مواجهـــة المتعاقد المدلس نفسه[٣] .

---

(١) د/ الأهواني : ص ١١٩.

(٢) د/ الشرقاوي : ص ١٥١.

(٣) د/ الأهواني : ص ١١٩.

واشتراط كون التدليس دافعاً إلي التعاقد ، يستوجب أن يتم قبـل أو في لحظة إبرام العقد ، ومن ثم لا يعتد بالتدليس اللاحق علي التعاقد[١] .

وإذا لم يكن التدليس دافعاً إلي التعاقد ، بأن تم العقد بعيـداً عـن تأثير التدليس ، إما لعدم نجاح الحيل المستعملة في تضليل المتعاقـد ، أو لأن هذا المتعاقد كان قد وافق علي التعاقد وبذاتـه الشـروط رغـم التضليل[٢] ، فلا يتم إبطال العقد في مثل هذه الحالات .

ويقع عبء إثبات كون التدليس هو الدافع إلي التعاقد علـي عـاتق المدلس عليه ، وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات ، لأن الأمر يتعلـق بمسألة واقع ، تدخل في نطاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، و لا يخضع حكمه لرقابة محكمة النقض طالما كان مبنياً علي أسباب سـائغة تكفي لحمل قضائه[٣] . ويأخذ القاضي بالمعيار الشخصي في هذا الصدد ،

---

(١) د/ الأهواني : ص ١١٨.

(٢) د/ عبد الباقي : ص ٣٤٤.

(٣) قضى بأن استخلاص عناصر التدليس الذي يجيز طلب إبطال العقد من وقائع الدعوى وتقدير ثبوته أو عدم ثبوته هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من المسائل التي تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض ما دام قضاؤها مقاماً على أسباب سائغة .

– نقض مدني : ١٩٧٣/٣/١٣ – مجلة القضاة الفصلية – س ٢٦ – ص ٢١٣ وفي هذا المعنى : نقض مدني : ١٩٩٧/٦/٢٣ سالف الذكر .

بحيث ينظر إلي مدي تأثير المسلك التدليسي علي المتعاقد ذاته في ضوء ظروفه وصفاته ٠

وبمناسبة هذا الشرط ، يقرر أستاذنا الدكتور / جميل الشـرقاوي – وبحق – أن العبرة بالغلط المتولد عن التدليس ، ولذا يجب أن يكون هـذا الغلط جوهرياً أي دافعاً إلي إبرام العقد ، تماماً مثلما هو الحـال بالنسـبة لعيب الغلط التلقائي ، وهذا في ذاته دليل علي أن نظرية الغلط تغني عـن نظرية التدليس[1] ٠

<u>الشرط الثالث : أن يتصل التدليس بالمتعاقد الآخر</u>

لتجنيب المتعاقد الآخر حسن النية المفاجأة بإبطـال العقـد بسـبب التدليس ، ولتحقيق استقرار المعاملات ، اشترط المشـرع المصـري أن يكون التدليس متصلاً بالمتعاقد الآخر ، حيث استلزم المشـرع أن تكـون الحيل التدليسية صادرة من المتعاقد المدلس أو من نائـب عنـه[2] . وإذا صدرت الحيل من غيرهما ، فليس للمتعاقد المدلس عليه الحق في إبطـال العقد ، إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفـروض أن يعلم بهذا التدليس[3] ٠

---

(١) د/ جميل الشرقاوي : ص ١٥١٠

(٢) مادة ١/١٢٥ مدني مصري٠

(٣) مادة / ١٢٦ مدني مصري٠

وبناءاً عليه ، يتصل التدليس بالمتعاقد الآخر ، في إحـــدى حـــالتين هما :

(أ) صدور الحيل التدليسية من المتعاقد الآخر (المدلس) أو من نائبه :

إذا صدرت الحيل التدليسية من المتعاقد الآخر (المـــدلس) ، فـــلا يكون له أن يتضرر من إبطال عقد كان هو سبباً في إبطاله ، ومن ثم يعد المدلس سئ النية لا يستحق الحماية القانونية ، ولا يخـــل إبطـــال العقـــد باستقرار المعاملات في هذه الحالة[1] .

ونفس الحكم إذا صدرت الحيل من نائب المتعاقد ، مـــع الأخـــذ بتفســـير موسع لكلمة " نائب " بحيث لا تقتصـــر علـــي النيابـــة الاتفاقيـــة والقانونيـــة والقضائية بالمعني الحرفي ، وإنما تمتد لتشمل كل من يعمل لصـــالح المتعاقـــد الآخر بتكليف منه ، كتابعه الذي يعمل لحسابه ، والسمسار الذي كلفـــه بالعمـــل علي إجراء الصفقة ، ومن يبرم العقد لصالحه كالمستفيد في الاشتراط لمصلحة الغير ، وتابع المتعاقد الآخر ، علي الأقـــل اســـتناداً إلـــي مســـئولية المتبـــوع التقصيرية عن فعل تابعه ، باعتبار أن خير تعويض عيني للمدلس عليه إبطـــال العقد الذي أبرمه تحت تأثير الحيل التي استخدمها التابع ، كـــل ذلك استناداً إلي

(١) د/ الأهواني : ص ٢١٩.

روح نظام التدليس[١] . وقد يكون المتعاقد شريكا في التدليس مع آخرين[٢].

وقد نص المشرع الكويتي صراحة علي أن التدليس الصادر من نائب المتعاقد ، أو من أحد اتباعه ، أو ممن وسطه في إبرام العقد ، أو ممن يبرم

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٣٤٠، د/ أنور سلطان : ص ١٠٥، فالتدليس عمل غير مشروع تجب محاربته .

– عكس ذلك : د/ الأهواني : ص ١١٩، حيث يشترط سيادته أن تكون هناك نيابة أيا كان مصدرها، أما إذا كان التدليس صادراً من الوسيط الذي لا يتمتع بصفة النائب، فلا يعد في حكم التدليس الصادر من المتعاقد الآخر. والحق أن أستاذنا الدكتور الأهواني يطبق حرفية النص في هذه الحالة، غير أن روح النص تقضي بالتوسع في مفهوم النيابة . وإن كنا نأمل أن يحسم المشرع المصري هذه المسألة بتعديل نص المادة ١/١٢٥ من القانون المدني ، أسوة بما عليه الحال في التشريعات الأخرى، كالتشريع المدني الكويتي، وبما يسير عليه الرأي الراجح في فرنسا رغم نص المادة / ١١١٦ من القانون المدني والتي تشترط صدور الحيل من أحد المتعاقدين .

(٢) د/ الأهواني : ص ١١٩ . وإذا كان التدليس متبادلاً بحيث يلجأ كل من المتعاقدين إلى التدليس على الآخر، فإن بعض التشريعات كالتشريع الكويتي رد على كل منهما قصده، ومنعه من التمسك بإبطال العقد (مادة /١٥٥ مدني كويتي) ، ولا مثيل لهذا النص في التشريع المصري، ولكن حكمه يمكن الأخذ به دون نص . ونرى أنه يجوز لكل من المتعاقدين أن يتمسك بعيب الغلط في هذه الحالة .

العقد لمصلحته ، يأخذ حكم التدليس الصادر من المتعاقد[١] .

ويذهب القضاء الفرنسي إلي أن الحيل التدليسية الصادرة من النائب أو الممثل القانوني للمتعاقد ، تعد صادرة عن هذا المتعاقد[٢].

(ب) صدور الحيل التدليسية من غير المتعاقد الآخر أو نائبه (بالمعني الواسع) :

إذا صدرت الحيل التدليسية من غير المتعاقد الآخر أو نائبه بالمفهوم الواسع الذي ذكرناه ، فإنه لا يجوز للمتعاقد المدلس عليه ، أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض أن يعلم بهذا التدليس (المادة / ١٢٦)، فيجب ألا ينسب للمتعاقد الآخر أية سوء نية أو تقصير[٣] .

---

(١) مادة ١/١٥٣ من القانون المدني الكويتي حيث نصت على أنه : " يلزم لإبطال العقد على أساس التدليس أن تكون الحيل قد صدرت من المتعاقد الآخر أو من نائبه، أو من أحد أتباعه ، أو ممن وسطه في إبرام العقد لمصلحته .

(٢) انظر مثلاً :

- Cass. Com : 13-6-1995- Bull. Civ. Iv. N. 175, Cass. Civ : 29-4-1998-R.T.D. Civ. 1998-930-obs. Gautier.

(٣) وتجدر الإشارة إلى أن الفقه والقضاء في فرنسا، وقد اعتدا بالتدليس الصادر من الغير، واعتباره بمثابة التدليس الصادر من المتعاقد الآخر (وفقاً لنص المادة / ١١١٦)، وذلك في حالات استثنائية هي :

١- إذا كان التصرف يتم بالإرادة المنفردة كالوصية .

٢- إذا كان التصرف المدلس على صاحبه هبة، حيث تلزم لها نية تبرع خالصة .

٣- إذا صدر التدليس من الغير بتواطؤ مع المتعاقد (في عقود المعاوضة).

٤- إذا كان المتعاقد الآخر يعلم بالتدليس الصادر من الغير، أو كان في استطاعته أن يعلم به .

- انظر في ذلك : د/ جميل الشرقاوي : ص ١٥٣ ، ص ١٥٤، د/ محمود جمال الدين زكي : ص ١٦٥ ، ص ١٦٦.

- J. Ghestin : op. Cit – N. 437.

والعبرة بالعلم أو وجوب العلم بالتدليس عند إبرام العقد[١]، أو قبل إبرامه ، أما العلم بالتدليس الصادر من الغير بعد إبرام العقد فلا يؤثر ، ويتخلف شرط إتصال التدليس بالمتعاقد الآخر ، وبالتالي لا يجوز للمدلس عليه إبطال العقد ، وإنما يرجع علي الغير الذي صدر منه التدليس بالتعويض علي أساس المسئولية التقصيرية باعتبار التدليس عملاً غير مشروع ، وكذلك الحال إذا لم يكن المتعاقد الآخر عالماً أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بالتدليس الصادر من الغير قبل أو لحظة إبرام العقد ، مراعاة لاستقرار المعاملات ٠

مدي استثناء التبرعات من شرط اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر :

توحي صياغة المادتان ١/١٢٥، ١٢٦ من القانون المدني المصري، بعمومية شرط اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر ، وشموله بالتالي لعقود المعاوضة وعقود التبرع ٠

غير أن رأياً في الفقه المصري يذهب إلي استثناء عقود التبرع من الشرط الذي نحن بصدده ، تأسيساً علي أن نية التبرع يجب أن تكون خالصة ومبرأة من أي عيب ، ومن ثم إذا استعمل الغير وسائل تدليس ضد المتبرع ، ولم يكن المتبرع له يعلم بالتدليس وقت التبرع ، أو لم يكن من المفروض عليه أن يعلم بهذا التدليس ، فإنه يجوز للمتبرع رغم

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٣٤١، وقد نص المشرع الكويتي صراحة علي ذلك في نص المادة ٢/١٥٣ من القانون المدني ٠

ذلك طلب إبطال التبرع للتدليس ، مع أن المتبرع له لم يتصل بهذا التدليس، ذلك لأن أثر الإبطال يتمثل في حرمانه من فائدة محضة لا يدفع عنها أي ثمن ، بعكس الحال في عقود المعاوضة[١] .

وتؤيد المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي هذا النظر[٢] ، فضلاً عن أن الفقه والقضاء في فرنسا يسلمان بذلك رغم عدم وجود نص يقرره[٣].

وقد نص المشرع الكويتي على هذا الاستثناء صراحة في المادة / ١٥٤ من القانون المدني ، حيث تقضي بأنه : " استثناء مما تقضي به المادة السابقة ، يجوز في عقود التبرع ، طلب إبطال العقد ، إذا جاء الرضاء نتيجة التدليس ، دون اعتبار لمن صدرت الحيل منه " .

---

(١) ذهب إلى هذا الرأي أستاذنا الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٣٤٣.

(٢) حيث ورد بها ما يلي : " يختلف عن ذلك حكم التبرعات، فهي تعتبر قابلة للإبطال، ولو كان من صدر له التبرع لا يعلم بتدليس الغير، ولم يكن يستطيع أن يعلم به، لأن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من شوائب العيب " غير أن هذا النص (المادة / ١٧٤) وقد حذف في المشروع النهائي، وحذفه لا يدل على عدم الأخذ بحكمه،،وإنما لأنه يتضمن تفصيلات يحسن تركها للقواعد العامة .

(٣) انظر :

- J. Ghestin : Op. Cit – N. 437.

والمراجع والأحكام المشار إليها لدى د/ عبد الفتاح عبد الباقي : هامش ٢ – ص ٣٤٤.

ثالثاً : إثبات التدليس وأثره

(١) إثبات التدليس :

التدليس لا يفترض ، وإنما يجب علي من يدعيه أن يثبته[١] ، وله أن يثبت تحقق التدليس بكافة طرق الإثبات[٢] ، وتقدير توافر عناصر التدليس ، وشروطه ، يترك لمحكمة الموضوع ، غير أن الوصف القانوني لوقائع التدليس ٠ وعلي الأخص تقدير ما إذا كانت الوسائل المستعملة تشكل حيلاً غير مشروعة ، يعد مسألة قانون تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض[٣]. والتمسك بالتدليس دفاع موضوعي يتعين إبداؤه أمام محكمة الموضوع ، فلا يجوز التمسك به أمام محكمة النقض .

(٢) أثر التدليس :

يعطي التدليس للمتعاقد الذي كان ضحيته ، الحق في طلب إبطال العقد ، إذا توافرت شروط إبطال العقد بسبب عيب التدليس ٠ كما يستطيع أن يرجع علي الطرف المدلس بالتعويض علي أساس قواعد المسئولية

---

(١) مادة / ١١١٦ مدني فرنسي.

(٢) انظر : نقض مدني فرنسي : ٤/ /١٩٤٩/٩ – داللوز – ١٩٤٩ – ١٣٥.

(٣) د/ أنور سلطان : ص ١٠٦، د/ الصدة : ص ٢٠٤.

التقصيرية ، باعتبار التدليس عملاً غير مشروع[١] . ويستطيع ضحية التدليس أن يجمع بين طلب الإبطال والتعويض متي ثبت أن الضرر لا يمكن رفعه بمجرد إبطال العقد[٢] ، كما يجوز له أن يكتفي بالتعويض دون الإبطال ، لأن هذا الأخير قد تقرر لمصلحته هو ، فلا يجوز للمتعاقد الآخر أن يتمسك به[٣] .

---

(١) انظر :

- Cass. Civ : 4-10-1988 – D. 1989- Som, 229 – obs. Aubert, Cass. Com : 18-10-1994-D. 1995-180 note-Atias.

– ويجوز طلب التعويض رغم رفض طلب الإبطال :

- Cass Com 4-1-2000- Contrats Conc. Consom, 2000-N.79 , 15-1-2002-J C.P.2002-IV-1330.

(٢) د/ رمضان أبو السعود : ص ١٢٦.

(٣) نفس الإشارة .

– ويلاحظ أنه إذا تم العقد بين أكثر من شخصين كعقد الشركة، وكان موضوعه غير قابل للانقسام ، فلا يجوز للمتعاقد المدلس عليه أن يتمسك بإبطال العقد إذا كان التدليس صادراً من أحد المتعاقدين فقط ، أو كان صادراً من الغير وعلم به هذا المتعاقد، أو كان من المفروض أن يعلم به، ويقتصر حق المدلس عليه في هذه الحالة على طلب التعويض ممن صدر منه التدليس، انظر : د/ أنور سلطان : ص ١٠٦

الفرع الثالث

"عيب الإكراه"

إذا جاء الرضاء بالعقد نتيجة رهبة بعثها المتعاقد الآخر ، أو بعثها غيره في نفس المتعاقد ، كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحة المكره ، استناداً إلي عيب الإكراه الذي شاب إرادة المتعاقد ٠

وقد تناول المشرع المصري ، عيب الإكراه ، في نـص المـادتين ١٢٧ ، ١٢٨ من القانون المدني ، وعلي ضوء هـذين النصـين نعـالج الإكراه من خلال تعريفهُ ، وشروط إبطال العقد للإكراه ، وإثبات الإكـراه وأثره ، كالتالي :

أولاً : تعريف الإكراه

يقصد بالإكراه التعاقد تحت سلطان رهبة تولدت نتيجـة التهديـد بخطر[١] ، فالإكراه هو العمل الذي يبعث في نفس الشخص رهبة تحملـه علي التعاقد[٢] ، أو بالأحرى " ضغط يقع علي الشخص بغير وجه حق ، فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلي التعاقد "[٣] ٠

---

(١) د/ الأهواني / ص ١٢١ !

(٢) د/ عمر السيد مؤمن : الإكراه المفسد للرضا في قانون المعاملات المدنية الإماراتي – دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري والفقه الإسلامي – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٨ – ص ١١ .

(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٣٥٤ .

وقد عرفته محكمة النقض المصرية قائلة : " الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بالتهديد المفزع في النفس أو المال أو باستعمال وسائل ضغط أخري لا قبل للمكره باحتمالها أو التخلص منها ، ويكون من نتائج ذلك خوف شديد يحمل المكره علي الإقرار بقبول ما لم يكن نيقبله اختياراً (١) .

ومن ثم فإن الذي يفسد الرضا ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه ، بل الرهبة التي تنبعث في نفس المتعاقد علي إثر استعمال وسائل الإكراه (٢) .

والإكراه يمس حرية المتعاقد في الاختيار ، رغم أن رضائه يأتي عن بينة بما يرتضيه ، حيث أن رضاء المكره لا يجيء عن حرية ، وإنما عن قسر وإجبار ، وذلك بعكس الحال في عيبي الغلط والتدليس ، حيث يمسان علم المتعاقد بما يرتضيه ، بحيث يجيء رضاؤه عن غير علم بحقيقة الحال (٣) .

---

(١) نقض مدني : ١٩٣٥/١١/٧ – مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عاما – ج ٢ – ص ٨٣٥ .

(٢) د/ السنهوري : ص ٤٤٢ ، ص ٤٤٣ . ولذا ينتقد بعض الفقهاء في فرنسا تسمية الإكراه ويفضلون مصطلح الرهبة .

(٣) د/ عبدالفتاح عبد الباقي : ص ٣٥٤ ، ص ٣٥٥ .

التمييز بين الإكراه الذي يعيب الإرادة ، والإكراه الذي يعدم الإرادة :

الإكراه الذي يعيب الإرادة ، هو الذي تكون الإرادة فيه موجودة ولكنها ليست حرة ، فيكون أمام المتعاقد أن يختار بين تحمل الأذى أو التعاقد ، فيختار التعاقد لدرء الأذى عن نفسه أو عن غيره ، ولولا خوفه من هذا الأذى ما تعاقد [١] ، ومن أمثلة ذلك أن يهدد شخص آخر بالقتل أو بالضرب أو بإثارة فضيحة أو بإتلاف ماله أو بخطف ولده ، حتى يحمله علي أن يعطيه مبلغاً من المال ، أو أن يبيع له منزله ، أو أن يقر له بالتخالص من دين عليه [٢] .

أما الإكراه الذي يعدم الإرادة ، فهو الذي تنتزع فيه إرادة المتعاقد عنوة لا رهبة ، كأن يمسك المكره بيد المكرَه عنوة ويستكتبه التوقيع علي التزام [٣] ، أو ينومه تنويماً مغناطيسياً ويوحي إليه بإمضاء العقد ، ففي مثل هذه الحالات يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لانعدام الإرادة أصلا [٤] " .

ثانيا : شروط إبطال العقد للإكراه

يلزم لابطال العقد بسبب عيب الإكراه ، توافر ثلاثة شروط وهي :

---

(١) د/ السنهوري : ص ٤٤٣ .

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٣٥٤ .

(٣) د/ السنهوري : ص ٤٤٣ .

(٤) د/ عمر مؤمن : ص ١٣ .

الشرط الأول : تحقق معني الإكراه .
الشرط الثاني : أن يتولد عن الإكراه رهبة تدفع إلي التعاقد .
الشرط الثالث : أن يتصل الإكراه بالمتعاقد الآخر .

وفيما يلي شرح هذه الشروط تباعاً :

الشرط الأول : تحقق معني الإكراه

تقدم أن الإكراه هو العمل الذي يبعث في نفس الشخص رهبة تدفعه إلي التعاقد .

ويتحقق الإكراه باستخدام وسائل تهدد بخطر جسيم محدق ، مما يبعث في نفس المتعاقد رهبة تدفعه إلي التعاقد ، ويكون ذلك لغرض غير مشروع ، فللإكراه الذي يعيب الإرادة عنصران هما :

(أ) العنصر المادي : استخدام وسائل إكراه تهدد بخطر محدق :
لتوافر هذا العنصر ، يشترط أن تكون هناك وسائل إكراه قد استخدمت وتهدد بخطر جسيم محدق ، كالتالي .
١ – استخدام وسائل إكراه :

يجب بداءة أن يكون أحد المتعاقدين قد لجأ إلي استخدام وسيلة من وسائل الإكراه التي تبعث في نفس المتعاقد الآخر رهبة تدفعه إلي التعاقد.

بسبب ما تتضمنه هذه الوسائل من أذى جسيم يلحق المتعاقد أو يتهدده هو أو غيره .

ووسائل الإكراه قد تكون مادية (أو حسية) تقع على الجسم كالضرب والإيذاء ، وقد تكون معنوية (أو نفسية) كالتهديد بإلحاق الأذى دون إلحاقه فعلاً ، وغالباً ما يكون الإكراه معنوياً ، ونتيجته وهي الرهبة التي تعيب الإرادة تكون دائماً معنوية [١] .

ولا يشترط في الأذى الذي يتهدد المتعاقد أن يكون حقيقياً ، بل يكفي أن يتصوره المتعاقد أي يتوهمه ، لأن العبرة في الإكراه بالخوف أو الرهبة التي تتملك المتعاقد ، لذا يتحقق العنصر المادي في الإكراه حتى لو كانت الوسائل التي استخدمت في بعث الرهبة في نفس المتعاقد غير جدية، كالتهديد بمسدس خال من الطلقات ، أو التهديد بعمل من أعمال السحر والشعوذة [٢] .

ويستوي في الأذى الجسيم الذي يتهدد المتعاقد المكره أن يلحق النفس كالقتل ، أو يلحق الجسم كالضرب ، أو يلحق العرض كالتهديد بالاغتصاب ، أو يلحق الشرف كالتهديد بالتشهير وتلويث السمعة ، أو يلحق المال كالتهديد بحرق المنزل أو السيارة [٣] .

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكي : ص ١٦٨ .

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : المرجع السابق – ص ٣٧٩ ، ص ٣٨٠ أو التهديد بمسدس صوت.

(٣) د/ إبراهيم أبو الليل : ص و٣٨ .

حالة النفوذ الأدبي :

إذا كان هناك نفوذاً أدبياً كنفوذ الأب علي ولده ، أو نفوذ الزوج علي زوجته ، فلا يتحقق الإكراه إلا إذا صاحب هذا النفوذ استعمال وسائل إكراه (١) بعثت في نفس المتعاقد رهبة دفعته إلي التعاقد ، وكان صاحب النفوذ يرمي إلي تحقيق غرض غير مشروع (٢) .

وقد يتم التهديد بفعل إيجابي أو بفعل سلبي مثل الكف عن إقامة أية علاقات اقتصادية أو تجارية مع المتعاقد .

---

(١) نفس الإشارة . ويلاحظ أن القضاء الفرنسي يعتبر النفوذ الأدبي من وسائل الإكراه . طالما توافرت معه الرهبة التي تدفع إلي التعاقد ، ويرجع ذلك إلي عدم تنظيم المشرع الفرنسي لعيب الاستغلال ، إذ الواقع أن هذه الحالة تدخل تحت عيب الاستغلال في النظام المصري .

- ومع ذلك تقضى المادة / ١١١٤ من القانون المدني الفرنسي بأن مجرد الخشية الصادرة عن احترام واجب للأب أو للأم أو أي أصل آخر ، دون أن يكون هناك إكراه واقع ، لا يكفي لإبطال العقد .

(٢) د/ رمضان أبو السعود : ص ١٢٩ ، ونقض مدني : ١٩٧٠/٦/٩ – مجموعة أحكام النقض – س ٢١ – ص ١٠٢٢ .

- ويلاحظ وجوب التفرقة بين الرهبة ، وبين عاطفة الحنان لدى الأب أو الأم ، حيث لا تدخل التصرفات التي تتم تحت تأثير عاطفة الحنان في نطاق عيب الإكراه ، ولكن إذا بلغ هذا الشعور حد الهوى الجامح فإن قواعد الاستغلال تطبق .

- انظر : د/ الصدة : ص ٢١٠

مدي اعتبار استغلال حالة الضرورة التي وجد فيها المتعاقد الآخر من قبيل وسائل الإكراه :

إذا أصيب شخص فجأة بأزمة صحية حادة واحتاج إلي إجراء عملية جراحية علي وجه السرعة ، فاستغل الطبيب ذلك الظرف وتقاضي أجراً باهظاً ، فهل يعتبر المريض الذي قبل دفع ذلك المبلغ واقعاً تحت إكراه ؟٠

وإذا تعرضت سفينة للغرق ، وتقدمت سفينة أخري لإنقاذها واستغل قائدها هذا الظرف ليفرض شروطاً باهظة ، فأضطر ربان السفينة المهددة بالغرق إلي قبولها خشية غرق السفينة ، فهل يتحقق الإكراه ؟ ٠

اختلف الرأي حول الإجابة علي التساؤلات السابقة ، فذهب فريق من الفقهاء في فرنسا إلي أن الإكراه لا يتحقق في مثل هذه الحالات ، وذلك استناداً إلي ظاهر نص المادة / ١١٠٩ من القانون المدني الفرنسي التي تتحدث عن الرضاء المنتزع بالإكراه ، ومن ثم فإن وسيلة الإكراه يجب أن يهيئها شخص للضغط علي إرادة المتعاقد ، فإذا تهيأت ظروف مصادفة واستغلها شخص في هذا الضغط فلا يتحقق الإكراه ، وذهب فريق آخر من الفقه الفرنسي إلي أن الإكراه يتحقق في هذه الحالة ، وقد مال القضاء الفرنسي بعد تردد إلي هذا الرأي الثاني ، فاعتبر الإكراه متوافراً حتى لو كان الخطر الذي يهدد المكره مصدره ظروف خارجية ، طالما أن

المتعاقد قد استغل هذه الظروف للضغط علي إرادة المكره وحمله علي التعاقد [١] ".

وفي مصر ، يذهب الرأي الغالب في الفقه إلي أن الإكراه يتحقق حتى لو كان وليد الظروف التي تهيأت مصادفة أو نشأ عن حالة الضرورة ، طالما أن إرادة المتعاقد لم تكن حرة في الاختيار بين التعاقد وعدم التعاقد، وطالما أن المتعاقد الآخر قد استغل هذه الظروف للضغط علي إرادة المتعاقد ، وحصل علي مغنم فاحش ، أي أن هذا المتعاقد كان سيئ النية ، وبالتالي يجوز الطعن في العقد بعيب الإكراه للتوصل إلي إبطاله ، أما إذا كان المتعاقد الآخر حسن النية ، ولم يقصد استغلال حالة الضرورة التي نشأت مصادفة ، بل اقتصر علي مقابل معقول ، فلا يكون العقد قابلاً للإبطال [٢] ، لأن الهدف مشروع والوسيلة مشروعة [٣] ".

---

(١) حول هذه الآراء تفصيلاً راجع :

- J . Ghestin : o p . cit – N . 448 et les notes 15 : 19 – P . 336 .

- وتطبيقاً لذلك جرى القضاء الفرنسي علي إبطال الاتفاق الذي يتم في مثل هذه الظروف الاضطرارية في مجال الإنقاذ البحري ، وذلك استناداً إلي عيب الإكراه ، واستقل القضاء بتحديد المقابل الذي يعطى لمن صدرت منه المساعدة ، ثم تدخل المشرع الفرنسي وأصدر في ٢٩ أبريل ١٩١٦ قانون المساعدة والإنقاذ البحريين ، ونص في المادة السابعة منه علي سلطة القاضي في تعديل اتفاق المساعدة وإبطاله إذا ابرم تحت تأثير خطر الغرق ، كما تدخل المشرع الفرنسي بعد الحرب العالمية الثانية لينظم إبطال التصرفات التي صدرت من بعض الطوائف تحت تأثير الذعر الذي سببه الإحلال الألماني والخوف من تطبيق القوانين العنصرية ، فأصدر المشرع تشريعاً خاصاً يعالج هذه الحالة في عام ١٩٤٥ ، ثم عدل في ١٩٤٧/٦/١٩ .

انظر : د/ أنور سلطان : ص ١١٣ .

(٢) انظر علي سبيل المثال : د/ السنهوري : ص ٤٧٣ ، د/ الصدة : ص ٢١٧ ، د/ الأهواني : ص ١٢٨ ، د/ رمضان أبو السعود : ص ١٣٤ .

- وقد كان المشروع التمهيدي يشتمل علي نص (المادة ١٧٨ /٣) بهذا المعنى مؤداه :" إذا ابرم شخص عقداً للخلاص من خطر جسيم حال ، يهدده هو أو أحد أقاربه ، فلا يعتبر هذا العقد قابلا للبطلان بسبب الظرف المهدد . وقد حذف هذا النص فيما بعد ، وحذفه لا يدل علي إلغاء حكمه ، بل ترك الأمر للقواعد العامة . "

(٣) د/ الأهواني : ص ١٢٨ .

بينما يذهب نفر قليل من الفقه المصري إلي أن مجرد الرهبة الناشئة عن الظروف الاضطرارية ، لا يشكل إكراهاً يعيب الإرادة ، وبالتالي لا يؤدي إلي إبطال العقد ، لأن مؤدي الإكراه أن تكون الرهبة قد انبعثت في نفس المتعاقد بفعل فاعل ، لا أن تتولد تلقائياً بفعل الظروف المحيطة ، طالما لم يهدده أحد ، فضلاً عن أن المشروع التمهيدي للقانون المدني كان قد ذكر حالات ثلاثة لا يتوافر فيها الإكراه منها حالة الخوف من خطر تولده الظروف أو ما يطلق عليه حالة الضرورة طالما بقيت الأمور في حدودها القانونية ولم تستغل بهدف ابتزاز المال ، ويمكن اللجوء إلي عيب الاستغلال – وقد نظمه المشرع المصري – لإبطال العقد عند استغلال حالة الضرورة ، أو الظروف المحيطة ، لأن هذا يتمشي وطبيعة الأمور (١) .

وفي رأينا ، فإن ما ذهب إلي جمهور الفقه المصري ، هو الأولي بالاتباع ، ذلك لأن الأمر يتعلق بإرادة التعاقد من حيث المبدأ ، حيث لم يكن أمام المتعاقد أية حرية في الاختيار بين التعاقد أو عدم التعاقد بسبب الظروف المحيطة والتي لا تحتمل التأخير ولا تعطي للمتعاقد فرصة للتفكير في أمر التعاقد ، بل هو يقبله بشروطه مضطراً، فيستغل الطرف الآخر ذلك ويبتزه من الناحية المالية ، أما إذا لم يستغل الطرف الآخر هذه الظروف وحصل علي مقابل معقول لما قام به ، هنا يكون حسن النية ولا

(١) ذهب إلي هذا الرأي أستاذنا الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٣٨٠ ، ص ٣٨١ ، ويرى سيادته أن حذف المادة / ١٧٨ من المشروع التمهيدي قد تم اكتفاءا بما جاء في القانون متعلقاً بعيب الاستغلال .
ومن هذا الرأي : د/ إبراهيم ابو الليل : المرجع السابق – ص ٣٨٠ ، وهامش ٢ .

يتوافر الإكراه ، فالأمر لا يتعلق فقط باختلال التعادل بين الالتزامات المتقابلة والذي هو قوام عيب التدليس ، وإنما بحرية التعاقد من حيث المبدأ . وقد ذهب البعض من أصحاب الرأي المائل إلي أن لفظ " غير " الوارد في المادة / ١٢٨ يتسع ليشمل التهديد المتولد من الظروف وما يترتب عليه من رهبة ، واستغلال هذه الظروف دليل قاطع علي العلم بها [١] ".

٢- <u>التهديد بخطر جسيم محدق بالنفس أو بالجسم</u> أو بالشرف أو بالمال

يجب أن تكون وسائل الإكراه المستخدمة تهدد المتعاقد أو غيره ، أو تصور له في ضوء ظروف الحال أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال [٢] .

ومن ثم يشترط في الخطر أن يكون جسيماً ، وأن يكون محدقاً أي وشيك الوقوع ، وينتقد البعض وصف الخطر بأنه جسيم لأن هذا الوصف غير ضروري ، لأن المرجع في تقدير جسامة الخطر هو نفسية المكره ، فيكون الخطر جسيماً متي بعث في نفس المكره رهبة دفعته إلي التعاقد ، ولو كانت الوسائل المستخدمة غير جدية كأعمال السحر والشعوذة [٣] ، وبالتالي فاشتراط كون الخطر جسيماً يغني عنه اشتراط أن يكون الإكراه هو الدافع إلي التعاقد ، فالخطر يكون جسيماً حينما يكون هو الدافع إلي

---

(١) د/ الأهواني : ص ١٢٨ .
(٢)مادة ١٢٧ / ٣ مدني مصري .
(٣) د/ السنهوري :ص ٤٥٠ ، د/ زكي : ص ١٦٩ ، د/ الأهواني : ص ١٢٢ .

التعاقد ، و العكس صحيح ، ويؤخذ بمعيار ذاتي أو شخصي في هذا الصدد[١]* ، إذ المرجع في ذلك نفسية المكره ومدي تأثره بوسائل الإكراه عند إبرام العقد ٠

كما ينتقد الفقه وصف الخطر بأنه محدق أي وشيك الوقوع ، لأن العبرة أيضاً بوقوع الرهبة حالاً في نفس المتعاقد وليس بكون الخطر حالاً أو محدقاً ، فقد تتسلط الرهبة علي المتعاقد نتيجة التهديد بخطر آجل ، فالرهبة أو الخوف هو الذي يجب أن يكون حالاً في نفسه ، لا الخطر الذي يحدثه في نفس المتعاقد[٢] ، فقد خلط المشرع بين الخطر والرهبة التي تتولد عنه[٣]* ٠

---

(١) د/ الأهواني : ص ١٢٢ .
(٢) د/ زكي : ص ١٦٩ .
(٣) د/ الأهواني : ص ١٢٢ . ويري سيادته أن هذا الشرط يدخل ضمناً في ضرورة أن يكون التهديد مؤثراً بأن يكون التعاقد قد تم تحت تأثير الرهبة ٠

- ويضيف أستاذنا الدكتور الأهواني شرطاً آخر في الخطر ، وهو أن يكون التهديد بإيقاعه عمدياً، لأن المشرع يشير إلي ان التعاقد يجب أن يتم تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر ، فبعث الرهبة يكون عمدياً سواء بالقول أو بالفعل أو بالإشارة ، فإذا لم تكن الرهبة كذلك ، بل نشأت لدى المتعاقد بناء علي تصور خاص لديه فلا تصلح لتوافر الإكراه ، فإذا كان أحد المتعاقدين قوى البنية والعضلات وتوهم المتعاقد معه من تلقاء نفسه أنه يتعامل مع شخص عدواني سيتعرض للأذى منه إن رفض التعاقد ، فلا يتوافر الإكراه .

- والواقع أن الشرط المذكور محل نظر ، وذلك لسببين :

١ - أن اشتراط كون التهديد بإيقاع الخطر عمدياً ، يستبعد الإكراه الذي تولد عن ظروف مفاجئة أو اضطرارية ، رغم أن الفقه في غالبيته يجمع علي أن الإكراه قد يتوافر في هذه الحالة إذا كان المتعاقد الآخر سيئ النية بأن استغل الظروف المحيطة وحصل علي مغنم فاحش من المتعاقد ، وفي هذه الحالة لا يمكن القول أن هذا المتعاقد هو الذي هدد بإيقاع الخطر بالمتعاقد الآخر .

٢ - أن المثال الذي يسوقه أستاذنا الدكتور الأهواني لا توجد فيه أيه وسائل للإكراه ، تعزز التصور الذي طرأ في ذهن المتعاقد .

وفي رأينا أن النقد السابق محل نظر ، ذلك لأن المشرع قد عول علي نفسية المكره في كون الخطر جسيماً ومحدقاً ، يؤكد ذلك نص الفقرة الثانية من المادة /١٢٧ حيث ورد بالصيغة التالية :" وتكون الرهبة قائمة علي أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال "(١) .

وقد أكد المشرع ذلك أيضا بالأخذ بالمعيار الشخصي أو الذاتي ، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة /١٢٧ علي أن : " ويراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه "(٢) .

وقد يهدد الخطر المتعاقد في نفسه أو في جسمه أو في شرفه أو في ماله ، كالتهديد بالقتل أو الإصابة ، أو المساس بالشرف والاعتبار كالتشهير بالشخص وتلويث سمعته وإثارة الفضائح حوله ، أو التهديد بإتلاف مزروعاته ، أو حرق منزله ، كما قد يتصور المتعاقد أ ن خطراً جسيماً محدقاً يهدد غيره ، سواءأكان قريبباً له أو غير قريب كصديق مثلاً عزيز لديه ويخشي عليه من الخطر ، فيضطر إلي التعاقد تفادياً لإلحاق

---

(١) وكون الخطر جسيما ومحدقا في نظر المكره ، يعني في ذات الوقت أن الرهبة من حدوثه تكون حالة

(٢) وانظر تطبيقات لهذا المعيار في : نقض مدني : ١٩٧٦/١/٢٩ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٧ – ص ١٤ ، ١٩٦٢/١/٢٥ – نفس المجموعة – س ١٣ – ص ١٢٧ ،
- Cass. Civ : 22-4-1986 – Bull . civ . 1 – N. 98 . Soc : 20-1-1994- Bull . civ – N . 17

الأذى به [١] ، وقد ترك المشرع للقاضي أمر تقدير درجات القرابة أو الصلة في كل حالة علي حده [٢] . ويكفي أن يكون إيذاء الغير مؤدياً إلي تولد الرهبة ، بحيث يتم التعاقد تحت سلطانها مما يفسد الرضاء بالتعاقد [٣] .

وليس هناك ما يمنع من أن يكون هذا الغير هو المتعاقد الآخر نفسه، كأن يهدد الابن والده بالانتحار إن لم يبع له الأب مالاً معنياً، فيتوافر الإكراه لأن حب الأب لأبنه وخشيته من إلحاق الابن الأذى بنفسه، أدخل في نفس الأب رهبة دفعته للقبول ، ذلك لأن الغير في هذا الصدد هو كل شخص بخلاف المتعاقد الذي صدر منه الرضاء[٤].

وتجدر الإشارة إلي أن المشرع الفرنسي يقصر الغير في هذا الخصوص علي الزوجة أو الزوج وأصول وفروع المتعاقد [٥] ، ورغم ذلك يذهب الرأي الراجح في الفقه الفرنسي إلي أن هؤلاء ورد ذكرهم علي سبيل المثال لا الحصر ، وبالتالي يتسع لفظ الغير ليشمل غيرهم ، غاية الأمر أن الخطر إذا كان يهدد واحداً من هؤلاء قامت قرينة علي أن الإكراه متحقق ، وإذا هدد غيرهم وجب إثبات أن الخطر الذي يهدد الغير أثر في نفس المتعاقد إلي حد الإكراه [٦] .

---

(١) د/ الأهواني : ص ١٢٣
(٢) د/ محمد حسام لطفي : النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – القاهرة – ٢٠٠٠/٩٩ – ص ٩٧ ، واجع : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ١٨١ .
(٣) د/ الأهواني : ص ١٢٣ .
(٤) نفس الإشارة .
(٥) مادة / ١١١٣ مدني فرنسي .
(٦) تنظر مثلا : M. Le Galcher – Baron : op . cit – N . 160 – P. 51 .
ونري ترك الأمر للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، وقضي تطبيقاً لذلك بأنه إذا كان رضاء ممثل الشركة قد جاء وليد الإكراه ، فان هذا الإكراه ينتج أثره في إبطال العقد :
- Cass . Soc : 8-11-1984 – Bull . civ – V. N . 423 .

وبصفة عامة يقع علي عاتق المتعاقد عبء إثبات أن الخطر الذي تهدده أو تهدد الغير قد أدخل في نفسه الرهبة التي دفعته للتعاقد .

(ب) العنصر المعنوي : أن يتولد عن استخدام وسائل الإكراه رهبة لا تستند إلي حق (استهداف تحقيق غرض غير مشروع) :

إضافة إلي استخدام وسائل إكراه تهدد المتعاقد أو غيره بخطر جسيم محدق في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، يجب أن يتولد عن ذلك بعث الرهبة في نفس المتعاقد ، وأن يهدف من استخدم الإكراه – أو استخدمه غيره فاستغل هو أثره في نفس المكره – إلي تحقيق غرض غير مشروع ، أي أن الرهبة التي بعثها في نفس المتعاقد ضحية الإكراه ، لا تستند إلي حق .

ونميز بين عدة فروض :

١ – أن تكون الوسيلة المستخدمة غير مشروعة والغرض غير مشروع : يتحقق الإكراه في هذا الفرض ، مثال ذلك تهديد المتعاقد بقتل ولده المخطوف إذا لم يتعهد بدفع مبلغ معين من المال [1] ، أو تهديد المتعاقد بحرق سيارته إن لم يبرم عقداً معيناً .

٢ – أن تكون الوسيلة مشروعة والغرض غير مشروع : هنا أيضاً يتحقق الإكراه ، لأن العبرة بمشروعية الغرض وليس

---

(١) د/زكي : ص ١٧٠ ، د/ الصدة : ص ٢١٣ .

بمشروعيه الوسيلة ، كتهديد تاجر بإشهار إفلاسه إذا لم يتعهد للدائن بمبلغ يزيد عن دينه أو التهديد بإبلاغ السلطات العامة بجريمة وقعت إذا لم يقبل الجاني تعهداً أو التزاماً لا حق للمهدد فيه [١] .

٣- أن تكون الوسيلة غير مشروعة والغرض مشروع : في هذا الفرض لا يتحقق الإكراه وفقا للرأي الراجح في الفقه ، وبالتالي لا يكون العقد قابلاً للإبطال ، كما لو هددت امرأة رجلاً عاشرها مدة من الزمن بالتشهير به عند خطيبته إذا لم يتعهد لها بمال يعوضها عما أصابها من ضرر بسبب علاقتهما السابقة [٢] . ولكن يشترط ألا تشكل الوسيلة غير المشروعة جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات ، كالتهديد بالقتل أو الخطف لاستيفاء حق في ذمة المكره [٣] . فمن يحصل تحت تهديد السلاح علي تعهد من المسئول عن الحادث بسداد مبلغ من المال علي سبيل التعويض ، يتوافر في حقه الإكراه [٤] .

٤- أن تكون الوسيلة مشروعة والهدف مشروع : هنا لا يتحقق الإكراه ، ومثال ذلك تهديد المدين بالحجز علي أمواله لاستيفاء الدين ، أو تهديد صاحب الأشياء المسروقة السارق بإبلاغ السلطات عن جريمته إذا لم يرد له هذه الأشياء ، أو يهدد

---

(١) د/ زكي : ص ١٧٠ .
(٢) د/ السنهوري : هامش ص ٤٥٦ ، د/ الصدة : ص ٢١٤ .
(٣) د/ الصدة : ص ٢١٤ .
(٤) د/ الأهواني : ص ١٢٦ .

المودع من أودع عنده ماله بأن يتهمه بالتبديد إذا لم يكتب له سنداً بالمال محل الوديعة [1]، ذلك لأن الرهبة التي يولدها هـذا التهديـد تكون بحق ٠

ولكن يجب عدم التعسف في استخدام الوسـيلة المشـروعة فـإلا انقلبت قانوناً إلي وسيلة غير مشروعة ، فإساءة استعمال حق التقاضـي أو الإبلاغ يجعل تلك الوسائل غير مشروعة ، كما يجب أن يكـون هنـاك تناسب بين الوسيلة المشروعة والغرض المشروع [2] ٠

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصـرية علـي أن التهديـد بممارسة حق لا يشكل إكراها ، طالما لم يتعسف الـدائن فـي اسـتخدام الوسيلة المقررة قانوناً بأن استخدمها للوصول إلى غرض غير مشروع ، كأن يبتز مدينه ويحصل منه علي أزيد من حقه [3] ، كما استقر القضـاء الفرنسي علي هـذا الاتجـاه أيضا [4] ٠

وهكذا ، فإنه يجب أن تتولد عن وسائل الإكراه رهبة لا تستند إلـى حق ، وتتمثل تلك الرهبة في التهديد المفزع فـي الـنفس أو المـال أو بوسائل أخرى ، لا قبل للإنسان باحتمالها والتخلص منها ، يعتريه بسببها

---

(١) د/ الصدة : ص ٢١٤ ، د / زكي : ص ١٧١ .

(٢) د / الأهواني : ص ١٢٦ .

(٣) انظر علي سبيل المثال : نقض مدني : ١٩٧٤/١/٢٢ – المجموعة – س ٢٥ – ص ٢٠٨ ، ١٩٧٦/٣/٣١ – المجموعة – س ٢٧ – ص ٨١٥ .

(٤) علي سبيل المثال :

- Cass. Civ : 17-1-1984 – Bull . civ . – N. 13 , Paris : 8-7-1982 – D . 1983 – 473 – note . Landraud .

خوف شديد يحمله علي الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً [١] ، ولمحكمة الموضوع سلطة تقدير وسائل الإكراه ومدي تأثيرها في نفس المتعاقد، دون رقابة عليها من محكمة النقض مادامت تقيم قضاءها علي أسباب سائغة [٢] .

الشرط الثاني : أن يتم التعاقد تحت تأثير الرهبة :

يجب أن يثبت أن المتعاقد قد أبرم العقد تحت تأثير الرهبة التي تولدت في نفسه إثر استخدام وسائل الإكراه ، ويجب لذلك أن تكون الرهبة قد بلغت حداً من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم العقد ، أما إذا لم تكن الرهبة كذلك ، بل كانت للمتعاقد مصلحة في إبرام العقد ، ومن ثم كان سيبرمه بصرف النظر عن الإكراه الواقع عليه ، فإن العقد لا يبطل في هذه الحالة .

ويؤخذ بمعيار شخصي أو ذاتي في تقدير تحقق الرهبة ، وكونها دافعة إلي التعاقد ، فينظر إلي كافة الظروف الشخصية للمتعاقد ضحية الإكراه ، وكذا ظروف الزمان والمكان ، وأي ظرف آخر من شأنه التأثير في جسامة الإكراه .

---

(١) نقض مدني : ١٩٤٣/٢/٢٥ – مجموعة عمر – جـ ٤ – رقم ٢٩ – ص ٥٩ .

(٢) نقض مدني : ١٩٧١/٥/٢٥ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٢ – ق ١١٠ – ص ٦٧٤ ، ١٩٧٤/١/٢٢ – نفس المجموعة – س ٢٥ – ص ٢٠٨ .

ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقدير ما إذا كان الإكراه هو الدافع إلي التعاقد أم لا ، بلا معقب عليه من محكمة النقض ، طالما كان حكمه مبيناً علي أسباب سائغة تكفي لحمل قضائه [١]٠

وتكون العبرة بالرهبة التي انبعثت في نفس المتعاقد وقت إبرام العقد ، أو قبل إبرامه واستمرت حتى لحظة الإبرام [٢]٠

الشرط الثالث : أن يتصل الإكراه بالمتعاقد الآخر

يجب أخيراً ، أن يكون الإكراه متصلاً بالمتعاقد الآخر ، وذلك يتحقق علي النحو التالي :

أ- إذا صدرت وسائل الإكراه من أحد المتعاقدين أو ممن ينوب عنه، أو من أحد أتباعه ، أو ممن وسطه في إبرام العقد ، أو ممن يبرم العقد لمصلحته ، وذلك علي النحو الذي أوضحناه بصدد عيب التدليس ، حيث تنسب وسائل الإكراه إلي المتعاقد نفسه في مثل هذه الحالات التي يعمل فيها الشخص لحساب المتعاقد٠

---

(١) نقض مدني : ١٩٧٠/٦/٩ – المجموعة – س ٢١ – ص ١٠٢٢ ، ١٩٧٤/٦/١٦ – المجموعة – س ٢٥ – ص ١٠٧٠

(٢) ومع ذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٩/١/١٣ – المجلة الفصلية للقانون المدني – ٢٠٠٠ – رقم ١١ ، إلي أنه يجوز للقاضي أن يستند في التحديد إلي عناصر أو وقائع لاحقة علي تاريخ إبرام العقد .

- وهذا القضاء محل نظر ، لأن العبرة بتعيب الإرادة وقت إبرام العقد ، وليس في تاريخ لاحق ، اللهم إلا إذا كان العيب متوافراً وقت التعاقد ، واستعان القاضي بوقائع كشفت عنه .

ب- إذا صدرت وسائل الإكراه من الغير ، يجب أن يكون المتعاقد الآخر عالماً ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه ، وإلا لا يجوز للمكره أن يطلب إبطال العقد حرصاً علي استقرار المعاملات ، وحماية للمتعاقد الآخر حسن النية . ويقع علي عاتق المكره أن يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم بوسائل الإكراه وما أحدثته من رهبة دفعته إلي التعاقد .

ويلاحظ أن شرط اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر ، لا يسري في رأينا إلا بالنسبة لعقود المعاوضة ، أما عقود التبرع فلا يشترط لإبطالها اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر ، بل يجوز إبطالها بصرف النظر عمن صدر منه الإكراه [١] ، ولا يشترط أن يكون المتعاقد الآخر عالماً بذلك ، لأن الفرض أنه تلقي المال بلا مقابل ، فضلاً عن وجوب أن تكون نية التبرع خالصة لا يشوبها أي عيب .

ثالثا : إثبات الإكراه وأثر توافره :

يقع عبء إثبات الإكراه بشروطه وعناصره علي عاتق من يدعيه ، وله أن يثبته بكافة طرق الإثبات باعتبار ذلك من مسائل الواقع ، ويتمتع قاضي الموضع بسلطة تقدير توافر عناصر الإكراه أو عدم توافرها ، إلا

---

(١) وقد أخذ المشرع الكويتي صراحة بذلك (انظر نص المادة / ١٥٨ من القانون المدني الكويتي ، التي استثنت عقود التبرع من الشرط الماثل) .

أن وصف الوسيلة بأنها من وسائل الإكـــراه وأنهـــا مشـــروعة أو غيـــر مشروعة،كل ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض[١] .

وإذا توافر الإكراه ، كان العقد قابلاً للابطال بناءً علي طلب المكره ، كما يحق لهذا الأخير المطالبة بالتعويض باعتبـــار الإكـــراه عمـــلاً غيـــر مشروع وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية [٢] .

---

(١) د/ الصدة : ص ٢١٦ .
(٢) د/ رمضان أبو السعود : ص ١٣٥ .
- Cass . Civ : 17 – 7 – 1967 – D. 1967 – 509 .

الفرع الرابع

"الاستغلال"

تكون إرادة التعاقد معيبة إذا كانت مشوبة بعيب الاستغلال [١] ، وقد نص المشرع المصري علي هذا العيب في المادتين ١٢٩، ١٣٠ من القانون المدني ، ولم ينظم المشرع الفرنسي عيب الاستغلال [٢]" .

وسنوضح المقصود بالاستغلال ، وشروط إبطال العقد – أو إنقاص التزامات الطرف المغبون – للاستغلال ،وإثبات الاستغلال وأثره ،كالتالي :

أولاً : المقصود بالاستغلال وتمييزه عن الغبن

يقصد بالاستغلال كعيب في الإرادة " استغلال أحد المتعاقدين لحالة ضعف في المتعاقد الآخر بما يدفعه إلي إبرام عقد ينطوي ، وقت إبرامه علي عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم المتعاقد المستغل بأدائه وما يجره عليه من نفع مادي أو أدبي ، بحيث يكون إبرامه تنكراً ظاهراً لشرف التعامل

(١) لمزيد من التفصيل حول هذا العيب راجع : د/ توفيق حسن فرج / نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري – رسالة دكتوراه – جامعة الإسكندرية – ١٩٥٧ .

(٢) ولم يجعل القانون الفرنسي للغبن أثراً في العقود إلا في حالات استثنائية ضيقة ، وكذلك فعل القانون المدني المصري القديم .

ومقتضيات حسن النية " (١) أو هـو : " الخسـارة التـي تصـيب أحـد المتعاقدين عند إبرام العقد بسبب عدم التعادل الفادح بين الأداءات والـذي
المتعاقدين عند إبرام العقد بسبب عدم التعادل الفادح بين الأداءات والـذي
يرجع إلي استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح لدى المتعاقد " . (٢)

أما الغبن فهو مجرد عدم التناسب بين ما يأخذه المتعاقد وبين مـا يعطيه ، فيتمثل الغبن في اخـتلال التـوازن الاقتصـادي – فـي عقـود المعاوضة – نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل متعاقد وما يعطيـه . (٣) ومن أمثلة ذلك بيع المنقول الذي قيمته ألف جنيه ، بخمسمائة جنيه ، إذ يمثل ذلك غبناً للبائع ، وإذا بيع بألف وخمسمائة جنيه ، تضمن البيع غبناً للمشتري (٤)" .

ويختلف الغبن عن الاستغلال ، حيث أن الغبن مجرد عـدم التعـادل المادي بين الالتزامات المتقابلة وقت إبرام العقد ، أما الاستغلال فإن عدم التعادل بين الالتزامات يتحقق فيه بسبب استغلال أحد المتعاقدين في الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، فالاستغلال أمر نفسي ، بعكس الغبن فهو أمر مادي بحت . وفضلا عن ذلك فإن الاستغلال أعم من الغبن ، حيث يسرى

---

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٣٨٥ .

(٢) د/ الأهواني : ص ١٢٩ .

(٣) د/ زكي : ص ١٧٦ ، ص ١٧٧ .

(٤) د/ زكي : ص ١٧٧

في مجال عقود المعاوضة وعقود التبرع ، بعكس الغبن والذي لا يسري إلا بشأن عقود المعاوضة ، كما أن الاستغلال يمكن تصوره في العقود الاحتمالية ، أما الغبن فإن الرأي الراجح في الفقه لا يتصور قيامه في هذه العقود ، لأنها تقتضي بطبيعتها احتمال الكسب أو الخسارة . (١)

ولم يأخذ المشرع المصري بنظرية عامة للغبن ، إذ لم يجعله عيباً في الإرادة ، وإنما قصر نطاقه علي عقود وحالات معينة ، يكون فيها الغبن عيباً في العقد ذاته ، وليس في الرضاء بالعقد . (٢)

خلاصة القول ، أن كل استغلال يشكل غبناً في ذات الوقت ، ولكن ليس كل غبن استغلال .

<u>ثانيا</u> : شروط إعمال أثر الاستغلال

لكي يؤدي الاستغلال إلي إبطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقد ضحية الاستغلال ، لابد من توافر شرطين هما :

<u>الشرط الأول : تحقق معني الاستغلال</u>

يقوم الاستغلال كما تقدم ، علي استغلال أحد المتعاقدين في الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامحاً أو أحد مظاهر الضعف الإنساني ، والحصول منه علي مغنم فاحش ، لا يتناسب مع ما يلتزم به الطرف المستغل .

فلكي يتحقق الاستغلال ، لابد له من عنصرين ، وهما :

---

(١) د/ الصدة : ص ٢١٨ ، د/ رمضان أبو السعود : ص ١٣٦ .

(٢) د/ زكي : ص ١٧٨ ، د/ الأهواني : ص ١٢٩ .

(أ) العنصر المادي : اختلال التعادل بين الالتزامات المتقابلة

ويعني ذلك اختلال التعادل بين ما يحصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد ، وبين ما يتحمله من التزامات ، أو فقدان التعادل بين قيمة ما يأخذ وقيمة ما يعطي . وقد عبر المشرع المصري عن ذلك بقوله : " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين والتزامات المتعاقد لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر .... " (١) .

فيشترط عدم التعادل الفادح بين الالتزامات ، سواء أكان عدم التعادل بين التزامات أحد المتعاقدين والتزامات المتعاقد الآخر ، كبيع منزل بثلاثين ألف جنيه مصري ، في حين أن قيمته سبعين ألفاً ، أو تمثل عدم التعادل بين التزامات المتعاقد وما يحصل عليه من فائدة بموجب العقد .

وينظر في تقدير قيمة الشيء إلي قيمته وفقاً لسعر السوق ، وكذا قيمته الشخصية في نظر المتعاقد ، فإذا كانت قيمة الشيء الحقيقية تساوى ألف جنيه ، وقيمته في نظر المتعاقد – كونه هاوياً يبذل ثمناً كبيراً للحصول علي الشيء – تساوي ألف وثلاثمائة ، ثم اشتراه بألفي جنيه ، هنا يتمثل الاختلال في الفرق بين الألف وثلاثمائة والألفين .

---

(١) مادة ١/١٢٩ مدني مصري .

والعبرة في تقدير عدم التعادل أو التناسب بوقت إبرام العقد ، وليس قبل أو بعد ذلك ، ويؤخذ في الاعتبار الظروف المحيطة بالإيجاب والقبول ، والمخاطر التي يتحملها الأطراف وقت انعقاد العقد ، والتي يجب أن تكون معلومة للطرفين وقت التعاقد ، وكلما زادت المخاطر المحيطة كلما كان عدم التعادل مقبولاً ، أما غياب المخاطر فيجعل استخلاص عدم التعادل الفادح أمراً ميسوراً (١) .

واختلال التعادل يقع في عقود المعاوضات ، وكذلك يمكن تصوره وفقا للرأي الراجح في عقود التبرع ، لأن الاستغلال يؤدي إلى التعاقد بدون مقابل إطلاقاً ، ومن ثم يجب إعمال نظرية الاستغلال من باب أولى حيث ينعدم التعادل ويتجاوز مجرد اختلال التعادل (٢) *، ونرى على العكس أن اختلال التعادل بين الالتزامات يصعب تصوره في عقود التبرع ، لأن المتبرع يلتزم دون مقابل ، والأمر يتعلق بالعنصر المادي للاستغلال والذي يتطابق فيه مع الغبن ، وهذا الأخير لا يسرى إلا على عقود المعاوضة ، وهذا ما يذهب إليه بعض الفقهاء (٣) . اللهم إلا إذا كان

---

(١) د/ الأهواني : ص ١٣٠ .

(٢) د/ السنهوري : ص ٤٨٧ ، ص ٤٨٨ ، د/ أنور سلطان:ص ١١٨ ،د/ الصدة : ص ٤٢٣ .

(٣) د/ زكي : ص ١٨٤ ، ص ١٨٥ ، وهامش ٣ – ص ١٨٥ .

المتبرع له يلتزم بتكليف أو بشرط ، ومثال ذلك الهبة المقترنة بتكليف — إذ يمكن أن تثار مسألة اختلال التعادل بين الالتزامات في هذه الحالة .

ويمكن أن يتحقق اختلال التعادل في العقود المحددة ، وكذا يمكن تصوره في العقود الاحتمالية ، حيث يتمثل في اختلال التعادل بين احتمال الكسب وقيمته من جهة ، واحتمال الخسارة وقيمتها من جهة أخرى ، ومن أمثلة ذلك إبرام عقد تأمين علي شخص من الإصابة ، في أثناء سفره بالقطار ، إذا (كان القسط) كبيراً ويكاد يساوى مبلغ التأمين ، وبالتالي لا يتناسب البتة مع قلة احتمال الخطر في السفر بالقطارات ، والذي يكون نادراً . (١)

(ب) العنصر المعنوي أو النفسي : استغلال طيش بين أو هوى جامح :

يتمثل العنصر النفسي في استغلال أحد المتعاقدين في الآخر طيشاً بيناً ، أو هوى جامحاً ، للحصول منه علي مغنم فاحش وتحميله بخسارة فادحة في ذات الوقت .

وقد ذكرت المادة ١/١٢٩ من القانون المدني المصري الطيش البين والهوى الجامح ، واقتصرت عليهما ، إلا أن الفقه ينتقد هذا الوضع ،

---

(١) د/ زكي : ص ١٨٣ ، وقد أشارت الأعمال التحضيرية إلى إمكان تصور الاستغلال في العقود الاحتمالية ، وضربت مثالاً لذلك ببيع عقار كبير القيمة في مقابل إيراد مرتب مدى الحياة لشيخ هرم مريض لا يرجى منه أن يعيش إلا مدة وجيزة . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية — جـ ٢ — ص ١٩١ .

ويرى وجوب الأخذ في الاعتبار أي مظهر من مظاهر الضعف الإنساني ، أيا كان نوعه أو طبيعته ، طالما أنه قد استغل بالفعل في صاحبه ، لأن ذلك مما يتفق ومنطق الأمور ، ومن ثم فإن الحاجة الملجئة وعدم الخبرة وضعف الإدراك ، وكل مظهر من مظاهر الضعف الإنساني يؤدي إلي عدم صدور الرضاء عن اختيار كاف ، مثلما كان منصوصا عليه في المشروع التمهيدي (مادة / ١٧٩) ، ومثلما هو الحال في بعض التشريعات الأجنبية ، بل والعربية ، ولا يحتج في ذلك بالخشية من عدم استقرار المعاملات ، لأن هذه الخشية قد أثبتت الأيام عدم وجود مبرر لها ، لاسيما في ضوء النزعة الاجتماعية التي تسود المجتمع المصري ، وتستهدف حماية الطرف الضعيف [١] .

وعلي أية حال ، وأمام صراحة النص ، يري هذا الفقه ضرورة التوسع في تفسير الطيش البين والهوى الجامح . [٢]

ويقصد بالطيش البين : عدم الخبرة البالغ بأمر التعاقد والاستهانة الشديدة بعواقبه [٣]° ، وفي نظر البعض هو الخفة والتسرع ، والانحراف عن جادة الصواب بسبب نشوة طارئة أو زائدة أو طبع مندفع ، يجعل

---

(١) د/ عبد الباقي : ص ٣٩١ ، ص ٣٩٢ ، وهامش ٢ ـ ص ٣٩٢ ، حيث يذكر سيادته بعض التشريعات التي توسعت في النص علي مظاهر الضعف الإنساني كالحاجة ، وعدم الخبرة ، وضعف الإدراك ، ومن ذلك القانون العراقي (مادة / ١٢٥ مدني) ، والقانون الألماني (مادة / ١٣٨) ، والقانون الكويتي (مادة / ١٥٩ مدني) .

(٢) د/ عبد الباقي : ص ٣٩٢ . ويري البعض أن الطيش البين والهوى الجامح لا يقع فيهما سوى الموسرين ، وكان أولي بالمشرع حماية المتعاقد أيضا في حالات الضعف الأخرى كضعف الإدراك وعدم الخبرة والحاجة ، انظر : د/ زكي : ص ١٨٧ .

(٣) د/ عبد الباقي : ص ٣٩٣ .

الشخص لا يأخذ في اعتباره كافة نتائج تصرفه ، وإنما يري فقط المزايا دون العيوب ، وتختلف الخفة عن عدم الخبرة ، إذ الأولي تتصل بطباع الشخص أو صفاته ، أما الخبرة فهي تتصل بالمعرفة . [1] فالطيش البين إذن هو الخفة الزائدة والتسرع الذي يصحبه عدم التبصر [2] . ومن أمثلته ذلك الشاب الذي يرث ثروة كبيرة عن والده ، فيندفع في تصرفاته من غير تدقيق فيها ولا وزن لعواقبها . [3]

وقد يكون الطيش البين حالة مستمرة لدى من يتصف بها ، وقد يكون حالة طارئة أو خاصة ، ويحدث ذلك غالبا في حالات الاستفزاز واليأس التي تجعل الشخص يتصرف دون مبالاة لعواقب تصرفه [4] . والطيش البين وإن كان يصاحب الشباب في الغالب ، فإنه متصور أيضاً بالنسبة لكبار السن [5] .

<u>أما الهوى الجامح :</u> فهو الولع والتعلق الشديد بشخص أو بشيء أو بأمر ما ، والذي يدفع المتعاقد إلي إبرام العقد دون النظر إلي أمور التعاقد ونتائجه [6]* ، فلا يقوم علي مجرد العطف أو المودة أو الحب

---

(١) د/ الأهواني : ص ١٣٢ .
(٢) د/ زكي : ص ١٨٥ .
(٣) د/ عبد الباقي : ص ٣٩٣ .
(٤) د/ أبو الليل : ص ٣٨٩ .
(٥) د/ الأهواني : ص ١٣٢ .
(٦) د/ أبو الليل : ص ٣٨٩ .

المتزن ، وإنما علي الرغبة العارمة الملحة العنيفة نحو شخص أو نحو شيء [١] ، أو أمر معين .

ومن أمثلته أن تستغل الزوجة الشابة ولع زوجها كبير السن وهيامه بها ، فتجعله يبرم عقوداً لصالحها يؤثرها بها علي زوجته الأولي أو علي أولاده من هذه الزوجة [٢] ، أو أن تتزوج امرأة غنية كبيرة السن من زوج شاب عن ميل وهوى ، فيعمد الزوج إلي استغلال الزوجة وابتزاز مالها عن طريق عقود يمليها عليها [٣] .

وقد يتعلق الهوى الجامح بشيء ، كأن يعجب أحد هواة التحف بقطعة فنية وتسيطر عليه الرغبة في الحصول عليها بأي ثمن ، فيعلم البائع بذلك ، ويستغل فيه تلك الرغبة [٤] . وقد يتعلق الهوى الجامح بأمر أو عمل معين ، كالعمل بالصحافة أو الفن . [٥] ويذهب بعض الفقه ، إلي اعتبار الاستغلال قائما تأسيساً علي الهوى الجامح في حالة النفوذ الأدبي أو السطوة الأدبية ، ويقصد بذلك النفوذ الأدبي الذي يكون لشخص علي آخر ، ويبلغ تأثيره من الكبر حداً بحيث يجعله ينقاد إليه ويصدع لقوله ، أما عن عقيدة في صواب رأيه ، وإما خشية إغضابه ، ومن أمثلة ذلك

---

(١) د/ عبد الباقي : ص ٣٩٣ ، وانظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ٢٠١ .

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٣٨٩ .

(٣) د/ السنهوري : ص ٤٩٠ .

(٤) د/ الأهواني : ص ١٣٢ .

(٥) د/ أبو الليل : ص ٣٨٩ .

نفوذ الأب علي أولاده ، والزوج علي زوجته ، ورجل الدين علي المتدين، والمعلم علي تلاميذه .[١] ونحن نؤيد ذلك ، لأن النفوذ الأدبي يتعلق من الناحية القانونية بعيب الاستغلال أكثر من تعلقه بعيب الإكراه ، إذ لا يشكل إكراها إلا إذا اقترنت به وسيلة من وسائل الإكراه ٠

ولا يكفي أن يكون لدى المتعاقد طيشاً بيناً ، أو هوى جامحاً ، وإنما يجب أيضاً لتحقق العنصر النفسي في الاستغلال ، أن يعمد المتعاقد الآخر إلي استغلال هذا الضعف لصالحه أو لصالح غيره ، بأن تكون لديه نية استغلال هذا الضعف في إبرام عقد يتضمن غبناً للمتعاقد ضحية الاستغلال ، وهذا يقتضي أن يكون المتعاقد عالماً بحالة الضعف لدى المتعاقد الآخر ، وأن يتعمد استغلال هذا الضعف ، ونظراً لصعوبة إثبات العمد باعتباره أمراً نفسياً ، يكتفي بعلم المتعاقد بحالة الضعف لدى الطرف الآخر لافتراض توافر العمد أي توافر نية الاستغلال ، ما لم يثبت العكس.[٢]

ولا يشترط لتحقق نية الاستغلال ، أن تتوافر لدى المتعاقد نفسه ، بل تتحقق ولو توافرت لدى الغير الأجنبي عن العقد ، كأن يتبرع الزوج الطاعن في السن لصالح قريب زوجته تحت ضغط دلالها عليه وولعه بها، وهنا لا يشترط أن يكون المتعاقد الآخر عالماً بالاستغلال أو كان في استطاعته العلم به .[٣] ٠

---

(١) د/ عبد الباقي : ص ٣٩٣ ، ص ٣٩٤ . وقد اعتبر المشرع الكويتي استغلال السطوة الأدبية كافيا لتحقق عيب الاستغلال (مادة / ١٥٩ من القانون المدني)

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٣٩٠ .

(٣) د/ عبد الباقي : هامش ٣ ــ ص ٣٩٧ ، د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٣٩٠ ، ص ٣٩١ .

الشرط الثاني : أن يكون الاستغلال هو الدافع إلي التعاقد

يجب أن يكون إبرام العقد قد تم بسبب الاستغلال ، بحيث لولا هذا الأخير ما أبرم العقد . وقد عبر المشرع المصري عن هذا الشرط في نص المادة ١/١٢٩ من القانون المدني ، بقوله : " وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر ، قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً "

ويستوى أن يكون الاستغلال هو الدافع إلي إبرام العقد ، أو الدافع علي إبرامه علي نحو ما أبرم من شروط [١] . كما يستوى أن يكون الاستغلال قد دفع ضحيته إلي أن يبرم العقد مع من استغله ، أو مع شخص أخر غيره يعمل المستغل لمصلحته ، كأن تستغل الزوجة هوى زوجها الجامح نحوها ، فتجعله يهب ماله لأولادها منه . [٢]

وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلي التعاقد من عدمه مسألة واقع تترك لقاضي الموضوع ، ولا معقب علي تقديره من قبل محكمة النقض ، طالما كان مبنياً علي أسباب سائغة من شأنها أن تحمله [٣] . أما الوصف القانوني لوقائع الاستغلال ، فهو مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض [٤] .

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٣٩١ .
(٢) د/ عبد الباقي : ص ٣٩٧ .
(٣) د/ عبد الباقي : ص ٣٩٧ ، نقض مدني : ١١ / ٥ / ١٩٦٧ – مجموعة أحكام النقض – س ١٨ – ص ٩٧٤ .
(٤) د/ السنهوري : ص ٤٩٣ .

ثالثا : إثبات الاستغلال وأثره

(أ) إثبات الاستغلال :

يقع عبء إثبات الاستغلال على عاتق من يدعيه وفقا للقواعد العامة فعلية أن يثبت اختلال التعادل وقت التعاقد بين ما أخذه من العقد وما أعطاه اختلالا كبيرا ، وأنه قد اندفع إلي إبرامه تحت تأثير الطيش البين أو الهوى الجامح الذي أصابه [١] . كما يحق لمن له مصلحة في إبطال العقد للاستغلال أن يثبت هذا الاستغلال ، وأنه كان الدافع إلي إبرام العقد أصلاً ، أو إبرامه علي نحو ما أبرم به من شروط .

ويجوز لمن يدعي حصول الاستغلال ، أن يثبته بكافة طرق الإثبات [٢]* ، ولا يجوز التمسك بعيب الاستغلال لأول مرة أمام محكمة النقض . ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن ، ولا يخضع حكمة لرقابة محكمة النقض ، طالما كان استخلاصه سائغا .

(ب) أثر الاستغلال (الإبطال – أو الإنقاص)

إذا توافر الاستغلال بشروطه السابقة – وتم التمسك به وإثباته من جانب ضحية الاستغلال – أو ممن له مصلحة في إعمال أثر الاستغلال –

---

(٢) د/ محمود جمال الدين زكي : ص ١٨٧ .

(٢) د/ محمد حسام لطفي :: المرجع السابق – ص ١٠٥ .

جاز للقاضي بناء علي طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد (١) .

ومن ثم يكون للمتعاقد ضحية الاستغلال الخيار بين دعـوى إبطـال العقد ، ودعوى إنقاص التزاماته ، وذلك وفقـاً لمـا يـراه محققـاً لمصلحته . (٢)

غير أن القاضي لا يلتزم بإبطال العقد إذا ما طلبـه المـدعى ، بـل يجوز للقاضي الاكتفاء بإنقاص التزامات المتعاقد ضحية الاستغلال إذا وجد ما يبرر ذلك من واقع ظروف الدعوى (٣) . أما إذا تمسك المتعاقد ضحية الاستغلال بإنقاص التزاماته ، فإن القاضي يتقيد بطلبه ولا يمكنه الحكـم بإبطال العقد (٤)* . وتطبيقاً لذلك إذا رفع البائع دعوى الإنقـاص اسـتناداً إلي عيب الاستغلال ، كان للقاضي أن يحكم بإنقاص المبيع بالقدر الـذي يراه كافياً لرفع الغبن .

---

(١) مادة ١٢٩ / ١ مدني مصري .

(٢) د/ زكي : ص ١٨٨ .

(٣) د/ السنهوري : ص ٤٩٧ ، ص ٤٩٨ . عكس ذلك : د/ زكي : ص ١٨٨ – هامش ٥ – حيث يذكر سيادته أن هذا الرأي يتعارض مع نص القانون الذي يستلزم أن يكون الاستغلال دافعاً للتعاقد ، ومن ثم وجب إبطال العقد بناءاً علي طلب المغبون إذا تأكد القاضي من ذلك .

(٤) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٣٩٢ . إذ القاضي لا يمكنه أن يقضى بأكثر مما طلبه الخصم ، انظر : د/ السنهوري : هامش ٢ – ص ٤٩٩ .

ولكن هل يجوز للقاضي زيادة التزامات المتعاقد الآخر (المستغل) ؟

يلاحظ أن المشرع المصري لم يمنح القاضي هذه السلطة ، بعكس بعض التشريعات الحديثة كالتشريع الكويتي الذي منح القاضي سلطة الحكم بزيادة التزامات الطرف الآخر بناء علي طلب المتعاقد المغبون ، بدلاً من إنقاص التزامات هذا الأخير . (١)

إلا انه إذا رغب المتعاقد المستغل في توقي دعوى الإبطال ، يجوز له أن يعرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن ، ومن ذلك زيادة التزاماته هو ، كأن يعرض مبلغاً نقدياً زيادة علي الثمن الذي اشترى به المبيع .(٢)

ويجب أن ترفع دعوى الإبطال أو الإنقاص ، خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة وهي ميعاد سقوط ، لا مدة تقادم ، وبالتالي لا يرد عليها الوقف أو الانقطاع ، وتحسب بالتقويم الميلادي (٣).

ويلاحظ أن المشرع لم يطبق القاعدة التي تتقادم بها دعوى الإبطال للغلط أو التدليس أو للإكراه ، حيث لا تتقادم هذه الدعوى إلا بمضى ثلاث

---

(١) بعكس التشريع الكويتي الذي أعطي للمتعاقد المغبون طلب زيادة التزامات الطرف الآخر ، وللقاضي أن يجيبه إلي ذلك (مادة / ١٥٩ مدني كويتي) .

(٢) د/ السنهوري : ص ٤٩٨ .

(٣) د/ زكي : ص ١٨٨ .

سنوات من وقت اكتشاف العيب ، أو خمس عشرة سنة من تاريخ التعاقد أيهما اقرب بحسب الأحوال .

ونري أن المدة التي يجب فيها رفع دعوى الاستغلال محل نظر لأنها مدة قصيرة ، فضلاً عن أنها ميعاد سقوط وليست مدة تقادم ، إضافة إلي أن المشرع لم يقيد بدء سريان السنة بأي قيد ، وكان يجب أن لا تبدأ مدة السنة في السريان إلا من تاريخ زوال تأثير الهوى الجامح (أو السطوة الأدبية)، علي أن تتقادم علي أية حال بفوات خمس عشره سنة من تاريخ إبرام العقد [١] وقد بررت لجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ الأخذ بمدة السنة في نص المادة ١٢٩ / ٢ ، بالرغبة في التضييق من نطاق الاستغلال بقدر الإمكان [٢] ، ويبرره الفقه بان من الصعب التثبت من وجود الاستغلال مقارنة بعيوب الإرادة الأخرى . [٣] .

للمتعاقد الآخر توقي الحكم بالإبطال في عقود المعاوضة :

نصت الفقرة الثالثة من المادة / ١٢٩ علي أنه : " ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقي الطرف الآخر دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن "

---

(١) وقد نص المشرع الكويتي علي ذلك ، ولكنه اعتبر أيضا أن مدة السنة أو الخمس عشرة سنة ، مدد سقوط وليس مدد تقادم (انظر المادة / ١٦١ من القانون المدني الكويتي والتي تبدأ بكلمة " تسقط ") .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٢ – ص ٢٠٠ ، ص ٢٠١ .

(٣) د/ السنهوري : ص ٤٩٧ .

ومن ثم ، فإنه إذا كان العقد معاوضة كالبيع ، وطلب البائع المغبون إبطاله للاستغلال ، جاز للمشترى أن يعرض زيادة في الثمن ترفع الغبن عن البائع ، فإذا رأي القاضي أن هذه الزيادة تكفي لرفع الغبن ، اكتفي بها وامتنع عن إبطال العقد ، والقاضي هو الذي يقدر ما إذا كانت الزيادة كافية لرفع الغبن – أو غير كافية ، في ضوء ظروف الدعوى وملابساتها ، دون معقب عليه من محكمة النقض ، طالما كان تسبيبه كافياً . (١) ولا يسري حكم المادة ٣/١٢٩ علي عقود التبرع لأن من تلقى التبرع قد تلقاه بدون مقابل أصلاً .

ولا يشترط أن تؤدي الزيادة إلي جعل الالتزامات المتقابلة في عقود المعاوضة متعادلة أو متساوية ، وإنما يكفي أن تؤدي إلي رفع الغبن الفاحش عن المتعاقد ضحية الاستغلال . (٢)

---

(١) د/ السنهوري : ص ٤٩٩ .
(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٣٩٨ ، ص ٣٩٩ .

أحكام الاستغلال لا تخل بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقــود أو بسعر الفائدة :

نصت المادة / ١٣٠ من القانون المدني علي أن أحكام الاستغلال الواردة في المادة /١٣٠ ، لا تخل عند تطبيقها بالأحكام الخاصة بــالغبن في بعض العقود أو بسعر الفائدة . ومن ذلك الغبن في بيع عقار نــاقص الأهلية أو عديمها ، والغبن في عقد القسمة ، وفي عقد الوكالــة ، وفــي عقد الشركة ، وفي مجال الفائدة الاتفاقية [١] .

(١) وهي حالات وردت متناثرة في القانون المدني ، ولم ينظمها المشرع في قواعــد عامة ، بعكس بعض التشريعات الأخرى التي نظمت نظرية عامة للغبن في العقــود ، كالقانون المدني الكويتي
(انظر المواد من ١٦٢ :و١٦٦ مدني كويتي) .

المطلب الرابع

" صور خاصة للتراضي "

ثمة حالات خاصة للتراضي يلزم بحثها للتعرف على ماهية الرضاء فيها ، لا سيما وأنه يقترن بظروف خاصة قد تؤثر فيه .

وسنقتصر على دراسة الصور التالية : الوعد بالتعاقد ، والعقد الابتدائي ، والتعاقد بالعربون ، والتعاقد بالمزايدة[١].

الفرع الأول

" الوعد بالتعاقد "

نحدد المقصود بالوعد بالتعاقد وصوره ، ثم شروط انعقاد الوعد بالتعاقد، وأخيراً الآثار التي تترتب عليه ، على النحو التالي :

أولاً : تعريف الوعد بالتعاقد وصوره :

الوعد بالتعاقد عبارة عن عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر ، بأن يبرم العقد الموعود به متى أظهر الموعود له رغبته خلال المدة المتفق عليها . فهو عقد حقيقي يقوم على توافق

---

(١) د/ الصدة : ص ١٢٩ .

إرادتين، ولكنه عقد تمهيدي يمهد لإبرام عقد آخر هو العقد الموعود به[١].

ومن أمثلته الوعد بالبيع ، الذي يلتزم بمقتضاه الواعد ببيع شئ إذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء خلال مدة معينة .

ويتم اللجوء إلى الوعد بالتعاقد كثيراً في الحياة العملية ، لا سيما بعد تعقد المعاملات وتشعبها، وعدم توفر السيولة المالية وقت الوعد لدى من يرغبون في شراء عقارات معينة مرتفعة القيمة، فيلجأ الراغب في الشراء إلى الحصول على وعد بالبيع من مالك العقار ويبرم معه عقداً تمهيدياً يسمى عقد الوعد بالبيع، وذلك إذا ما أبدى الموعود له رغبته في الشراء خلال مدة يتفق عليها، حتى يتدبر الموعود له أمره، وتتوفر لديه السيولة المالية اللازمة للشراء، وقد يستأجر العقار حتى يتسنى له شراءه، وقد تلجأ شركة تريد إقامة مصنع على قطعة أرض فضاء مملوكة لشخص معين، إلى الحصول على وعد من مالك الأرض ببيعها للشركة إذا أبدت رغبتها في الشراء خلال مدة معينة .

صور الوعد بالتعاقد (صورتان) :

يأخذ الوعد بالتعاقد إحدى صورتين ، هما [٢] :

---

(١) د/ محمد إبراهيم دسوقي : القانون المدني – الالتزامات – ٢٠٠٠ / ٢٠٠١ – ص٥٢، ويختلف عقد الوعد عن العقد الأصلي من حيث الطبيعة وشروط التكوين (راجع د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٦٣) .

(٢) وقد نصت المادة ١/١٠١ على هاتين الصورتين .

١- **الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد** : في هذه الصورة لا يلتزم الموعود له بشيء، ومثاله الوعد بالبيع من جانب مالك الشيء ، والوعد بالشراء من جانب المستأجر ، حيث يلتزم مالك الشيء ببيعه للموعود له إذا أبدى هذا الأخير رغبته في الشراء خلال مدة معينة، ويلتزم المستأجر بشراء العين المؤجرة إذا أبدى المؤجر رغبته في بيعها خلال مدة الإيجار .

٢- **الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين** : وفي هذه الصورة يعد كل من الطرفين الآخر بإبرام العقد المقصود، إذا أبدى أحدهما رغبته في ذلك خلال مدة معينة، حيث يلتزم كل من الطرفين بالإبقاء على وعده وإبرام العقد النهائي إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في ذلك خلال المدة المحددة، ويسقط الوعد بانتهاء هذه المدة[١] .

ومن أمثلته، الوعد المتبادل بالبيع من جانب مالك المنزل إذا أبدى الموعود له رغبته في الشراء خلال مدة معينة، والوعد بالشراء من جانب هذا الأخير إذا رغب المالك في البيع خلال هذه المدة .

وهذه الصورة من الوعد ، قلما تحدث في الواقع العملي، والسائد هو الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد.

---

(١) د/ الصدة : ص ١٣٠

ومما سبق ، يتضح أن الوعد بالتعاقد مرحلة وسط بين الإيجاب والعقد النهائي، فهو يزيد على الإيجاب لأنه عقد يتم بإيجاب وقبول، وهو دون العقد النهائي، لأن الإيجاب والقبول فيه ينصبان على مجرد الوعد بالتعاقد(١).

ثانياً : شروط انعقاد الوعد بالتعاقد :

نصت المادة /١٠١ من القانون المدني على الشروط الواجب توافرها في الوعد بالتعاقد، حيث قالت : " ١- الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. ٢- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد ".

فيشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد، توافر الشروط التالية :

١- توافر أركان العقد الموعود به من تراضي ومحل وسبب (٢).
٢- الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه : بحيث

(١) نفس الإشارة .
(٢) وتقدر مشروعية المحل والسبب وقت إبرام العقد النهائي، لا وقت الوعد، ومن ثم إذا كان المحل أو السبب مشروعاً وقت الوعد، ثم أصبح غير مشروع وقت إبرام العقد النهائي، فإن العقد يكون باطلاً (د/ أنور سلطان : ص ٧٨) .

لا يبقى لقيام العقد النهائي سوى إبداء الموعود له رغبته في التعاقد، وهذه المسائل الجوهرية تختلف باختلاف العقد الموعود به، فإذا كان هذا العقد بيعاً وجب أن يتفق في الوعد على المبيع والثمن النقدي، وإذا كان إيجاراً وجب الاتفاق على الشيء المؤجر والأجرة ومدة الإيجار(١).

فإذا لم يتضمن الوعد تعيين المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، كان باطلاً(٢). أما المسائل غير الجوهرية كمكان وزمان تسليم الشيء محل الوعد بالبيع مثلاً، فلا يترتب على إغفال الاتفاق عليها إبطال الوعد، وإنما يكون انعقاده صحيحاً ، ويرجع بشأن هذه المسائل لأحكام القواعد المكملة، أو العرف ، بحسب الأحوال .

٣- تحديد المدة التي يجب خلالها إبداء الرغبة في التعاقد : يشترط أن يكون الوعد محدد المدة، ويقصد بذلك وجوب تعيين مدة للموعود له يبدي خلالها رغبته في إبرام العقد المراد إبرامه .

وهذه المدة قد يتم تحديدها صراحة في اتفاق الوعد، وقد تحدد بطريقة ضمنية، وذلك إذا كان من الممكن استخلاصها من ظروف الاتفاق ، ومن أمثلة ذلك الوعد الصادر من المؤجر للمستأجر ببيع العين المؤجرة ، دون تحديد مدة الوعد ، حيث يمكن استخلاص هذه

---

(١) د/ الصدة : ص ١٣١ .

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٦٦ ، د/ محمد إبراهيم دسوقي : ص ٥٣ . وقد عبرت المادة / ١٠١ عن ذلك بكلمة " لا ينعقد " .

المدة من ورود الوعد بعقد الإيجار ذاته، فتكون هـي مـدة عقـد الإيجار[١]، وإذا اتفق الطرفان على أن تكـون المـدة هـي المـدة المعقولة، أمكن استخلاص هـذه المـدة مـن عناصـر الاتفـاق وظروفه[٢]. ويتولى القاضي تحديد هذه المدة عند الاخـتلاف فـي تحديدها[٣].

فإذا لم يشتمل الوعد على مدة صريحة أو ضمنية، كـان بـاطلاً إذا كان وعداً ملزماً لجانب واحد، وكان بمثابة عقد نهائي يتقيد به الطرفان، إذا كان وعداً ملزماً للجانبين، من وجهة نظر البعض، علـى أسـاس أن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى الارتباط بالعقد إذا قبل الطرف الآخر ، وترتبت آثار هذا العقد من وقت الاتفاق[٤] .

٤- مراعاة الشكلية إذا كان العقد الموعود به من العقود الشـكلية : وفقـاً لنص المادة ٢/١٠١ من القانون المدني فإنه إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فـي الإتفـاق الـذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد.

---

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٦٦ .

(٢) د/ الصدة : ص ١٣١ .

(٣) نفس الإشارة .

(٤) د/ الصدة : ص ١٣٢.

ومن ثم ، فالأصل في عقد الوعد أن يكون رضائياً، إلا إذا كان العقد المراد إبرامه من العقود الشكلية كالهبة والرهن الرسمي، فيتعين أن يكون عقد الوعد شكلياً أيضاً ، وإلا بطل الوعد وامتنع مطالبة الواعد بتنفيذه عيناً، أو الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم بالتنفيذ – حائز قوة الشيء المقضي – يقوم مقام العقد الشكلي [1]. والحكمة من اشتراط الشكلية في الوعد منع الطرفين من التحايل المطلوب في العقد النهائي بإبرام وعد لا يستوفي الشكل ، ثم استصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد النهائي [2].

وينصرف حكم المادة ٢/١٠١ إلى العقود التي تكون شكلية بنص القانون، فإذا كان العقد الموعود به رضائياً، فإن الوعد بهذا العقد يصح أن يكون رضائياً، حتى لو اشترط المتعاقدان في هذا الوعد استيفاء شكل معين لقيام العقد الموعود به [3].

وإذا تخلفت الشكلية في إبرام الوعد، رغم أن العقد المراد إبرامه من العقود الشكلية بمقتضى نص ... القانون، فإن بعض الفقه يذهب إلى اعتبار الوعد عقداً غير مسمى ... الحالة، وبالتالي يرتب التزامات شخصية في ذمة الواعد، فعقد الو... بالرهن الرسمي، إذا لم تراع فيه الشكلية المطلوبة، يرتب مع ذلك التزاماً شخصياً في ذمة الواعد بإنشاء

---

(١) د/ أنور سلطان : ص ٧٩ .

(٢) د/ محمد إبراهيم دسوقي : هامش ١ – ص ٥٣ .

(٣) د/ الصدة : ص ١٣٣ ، د/ أنور سلطان : ص ٧٩ .

حق الرهن، وعدم تنفيذ هذا الالتزام إما أن يؤدي إلى الحكم على المدين بالتعويض أو إلى الحكم بإسقاط أجل الدين وإلزام المدين فوراً بالوفاء[١].

ويستثنى من ذلك ؛ حالة ما إذا كان القانون يقضي بغير ذلك، مثال ذلك نص المادة/ ٤٩٠ من القانون المدني التي تقضي بأن الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية، حيث لا يترتب على الوعد أي أثر، وبالتالي يقع باطلاً إذا لم يتم بورقة رسمية، والسبب في ذلك أن الشكلية المطلوبة في الهبة قد تقررت لحماية المتعاقد من التسرع والضغط على إرادته حتى يتنبه إلى خطورة ما هو مقدم عليه، بينما الشكلية في العقود الأخرى قد تقررت بصفة أساسية لحماية الغير من الغش ولتوفير دليل مؤكد أكثر مما هي مطلوبة لحماية المتعاقدين[٢] ، وهذا لا يستلزم تجريد الوعد الرضائي بهذه العقود من كل أثر قانوني فيما بين المتعاقدين[٣].

٥- توافر الأهلية اللازمة : وتختلف الأهلية المطلوبة باختلاف صورة الوعد، ففي الوعد الملزم لجانب واحد يشترط توافر أهلية إبرام العقد النهائي لدى الواعد لحظة إبرام عقد الوعد، لأنه يلتزم بصورة نهائية في

---

(١) راجع : المذكرة الإيضاحية في: مجموعة الأعمال التحضيرية –جـ٢ – ص ٧٣.
(٢) انظر في هذه التفرقة التي تستند إلى الغرض المقصود من الشكلية : د/ محمود أبو عافية : التصرف القانوني المجرد – رسالة دكتوراه – القاهرة – ١٩٤٦ – ص ٦٦ : ص ٧٢ .
(٣) د/ الصدة : ص ١٣٤ .

هذا العقد، ولا يصدر منه تعبيرا آخر عن الإرادة، وإنما ينعقد العقد النهائي بمجرد إبداء الموعود له رغبته في ذلك، اما الموعود له فلا يلتزم بشيء لحظة الوعد، ولذا يكفي أن يكون مميزاً وقت إبرام الوعد، على أن تتوافر لديه أهلية إبرام العقد النهائي وقت إبرام هذا العقد(١).

أما إذا كان الوعد ملزماً للجانبين ، فيشترط توافر أهلية إبرام العقد النهائي لدى الطرفين وقت إبرام الوعد، لأن هذا الوعد يتحول إلى عقد نهائي بمجرد إبداء الرغبة في ذلك من جانب أحد الطرفين .

ثالثاً : آثار الوعد بالتعاقد :

تتوقف آثار الوعد بالتعاقد، سواء أكان ملزماً لجانب واحد. أو للجانبين، على مسألة إبداء الرغبة في إبرام العقد النهائي، ومع ذلك تترتب بعض الآثار قبل إبداء هذه الرغبة وذلك على النحو التالي :

(أ) آثار الوعد بالتعاقد قبل إبداء الرغبة :

لا يرتب الوعد في ذمة الواعد سوى التزامات شخصية، في المرحلة التي تسبق إبداء الموعود له رغبته في إبرام العقد النهائي، ويترتب على ذلك النتائج التالية :

---

(١) د/ أنور سلطان : ص ٧٨، وتقدر عيوب الإرادة بالنسبة للواعد وقت صدور الوعد، وبالنسبة للموعود له، وقت الوعد ووقت التعاقد النهائي معاً، لأنه يصدر منه رضاء في كل من هذين الوقتين، فوجب أن تكون إرادته في كل منهما صحيحة (د/ أنور سلطان : ص ٧٨) .

١- يبقى الواعـد مالكـاً للشـيء الموعـود ببيعـه (مـثلاً) ولثمـاره وحاصلاته[١].

٢- يلتزم الواعد بالامتناع عن كل ما يحـول دون قيـام العقـد النهـائي الموعود به، وهذا الالتزام سلبي بحت ، فإذا كان الوعد ببيـع منـزل معين، التزم الواعد بعدم هدم المنزل أو بعدم التصـرف فيـه للغيـر تصرفاً ناقلاً للملكية، فإن فعل كان مخلاً بالتزامه، الأمر الذي يستوجب مساءلته عن تعويض الموعود له وفقاً للقواعد العامة[٢]. وقـد ينشـأ عن عقد الوعد التزام إيجابي في ذمة الواعد، كما لو اتفق فيه على أن يبرم العقد الموعود به في شكل معين، حيث يقع على عـاتق الواعـد المساهمة في إتمام العقد في الشكل المتفق عليه[٣]، غير أن عدم تنفيذ الواعد لهذا الالتزام لا يجعل الوعد باطلاً كما سـبقت الإشـارة ، لأن الأمر يتعلق بشكلية رضائية، وليست قانونية . ومن أمثلة الالتزامـات الإيجابية أيضاً ، التزام الواعد بالحصول علـى التـراخيص الإداريـة اللازمة، إذا كان الوعد بالبيع[٤] .

٣- يبقى التصرف الذي يجريه الواعد في الشيء محل الوعد صحيحاً لأنه يظل مالكاً لهذا الشيء الموعود ببيعه، طالما لم يعلن

---

(١) د/ أنور سلطان : ص ٨٠ .

(٢) ، (٣) : د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٦٧ ، وهامش ٢ – ص ١٦٧ .

(٤) د/ محمد إبراهيم دسوقي : ص ٥٤ .

رغبته في الشراء، وبالتالي لا يستطيع هذا الأخير أن يطالب بإبطال التصرف الذي صدر لصالح الغير[١] .

٤- تقع تبعة هلاك الشيء هلاكاً كلياً بفعل القوة القاهرة، على عاتق الواعد باعتباره مالكاً ، ولا ينعقد البيع لتخلف المحل، ولا يلزم الواعد بأي تعويض، ويلحق بحكم الهلاك الكلي، حالة نزع الملكية للمنفعة العامة بعد إبرام الوعد ، لأن فعل الحاكم يعد من قبيل القوة القاهرة[٢].

١- يجوز للموعود له، تحويل حقه للغير بعد اتباع إجراءات حوالة الحق[٣]، إلا إذا تبين من عقد الوعد أن نية الطرفين قد انصرفت إلى

---

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص١٦٧ ، ومع ذلك يذهب القضاء الفرنسي في الكثير من أحكامه إلى الحكم بإبطال التصرف المخالف للوعد ، إما استناداً إلى الدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها، وإما استناداً إلى قواعد المسئولية التقصيرية، ومع افتراض سوء نية المتصرف إليه، بثبوت علمه بالوعد بالبيع، ومن ثم يثبت خطؤه الأمر الذي يستوجب إلزامه بالتعويض، وخير تعويض هو الحكم بإبطال التصرف الصادر لصالحه، كما تستند المحاكم الفرنسية كثيراً على فكرة العدالة لإبطال التصرف المخالف، راجع : د/ إبراهيم أبو الليل : هامش ٣ – ص ١٦٧ .

(٢) د/ أنور سلطان : ص ٨٠ ، أما إذا كان الواعد قد أخفى صدور قرار نزع ملكية العقار للمنفعة العامة عن الموعود له وقت الوعد، أو لم يقم بإخطار الموعود له أن هناك إجراءات تتخذها السلطات العامة لاستصدار قرار بنزع ملكية العقار للمنفعة العامة، فأنه يكون قد ارتكب غشاً ، مما يستوجب إلزامه بالتعويض .

(٣) راجع المادة / ٣٠٥ من القانون المدني، والتي تشترط لنفاذ حوالة الحق قبل المدين أو الغير، أن يقبلها المدين، أو يعلن بها .

عدم جواز الحوالة[١]. وإذا مات الموعود له انتقل حقه إلى ورثته[٢].

<u>(ب) آثار الوعد بالتعاقد بعد إبداء الرغبة :</u>

إذا أبدى الموعود له رغبته في إبرام العقد النهائي الموعــود بـــه، ووصلت هذه الرغبة – باعتبارها قبولاً –إلى علم الواعد ، انعقد العقد دون حاجة لأي إجراء آخر، ويكون ذلك لا من وقت الوعد بل من وقـــت إبـــداء الرغبة في إبرام العقد، إذا أبديت في حضور الواعد، ومن وقت وصول هذه الرغبة إلى علم الواعد إذا أبديت في غيبته، مع ملاحظة أن وصول القبول قرينة على العلم به، ما لم يثبت العكس وفقاً لما سبق ذكره[٣] .

---

(١) انظر المادة / ٣٠٣ مدني مصري .

(٢) د/ الصدة : ص ١٣٥ .

(٣) في هذا المعنى : د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ١٨٤ . ومع ذلـــك فـــإن الـــرأي السائد في الفقه المصري يرى أن العقد النهائي ينعقد من وقت إبداء الرغبـــة فـــي التعاقد، غير أن هذا القول على إطلاقه لا يتفق مع القواعد القانونية الخاصة بلحظة انعقاد العقد بين غائبين والتي تقضي بضرورة وصول القبول إلى علـــم الموجـــب، ومن ثم فإن ما يقول به الفقه يفترض أن الرغبة قد أبديت فـــي مواجهـــة الواعـــد وعلم بها .

ويشترط لقيام العقد النهائي، أن يصدر القبول خلال مدة الوعد[١]، وأن يكون مطابقاً لشروط الوعد. وقبول الموعود له للعقد النهائي قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً .

وإذا مات الموعود له قبل إبداء الرغبة، انتقل خيار قبول العقد الموعود بإبرامه إلى ورثته ، وكذلك الحال إذا فقد أهليته قبل استعمال خيار القبول، حيث ينتقل هذا الخيار إلى من يمثله قانوناً، فإذا أبدى الورثة – أو الممثل القانوني في حالة فقد الموعود له أهليته – رغبتهم في إبرام العقد النهائي، ووصل ذلك إلى علم الواعد، انعقد العقد بين ورثة الموعود له والواعد، أو بين من يمثل الموعود له قانوناً والواعد، إلا إذا تبين من الاتفاق أو من طبيعة الوعد أن شخصية الموعود له محل اعتبار في التعاقد، حيث يسقط الوعد بموت الموعود له أو فقده للأهلية في هذه الحالة[٢].

---

(١) قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " متى كان المطعون عليه قد تعهد بأن يبيع عقار للطاعن إذا قبل هذا الأخير ذلك وقام بدفع الثمن في خلال مدة معينة، فإن الحكم لا يكون أخطأ إذا كيف هذا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المطعون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا إنذار ولا تنبيه إذا انقضى الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته في الشراء، وذلك أن الطاعن لم يلتزم بشيء بل كان له الخيار إن شاء قبل إيجاب المطعون عليه ودفع الثمن خلال الأجل المتفق عليه وإن شاء تحلل من الاتفاق دون أية مسئولية عليه "

- نقض مدني : ١٩٥٤/٥/٦ – مجموعة أحكام النقض – س ٥ – رقم ١٢٤ – ص ٨٣٤ .

(٢) وذلك كله وفقاً للقواعد العامة في التعبير عن الإرادة السابق شرحها.

أما إذا أعلن الموعود له رغبته في عدم التعاقد سقط الوعد إذا كان قد تم إبداء الرغبة خلال مدة الوعد، حيث يعد متنازلاً عن حقه قبل الواعد[١].

وإذا أعلن الموعود له رغبته في إبرام العقد النهائي، وامتنع الواعد عن إبرام العقد النهائي الموعود به، كان للموعود له أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم يقوم مقام العقد النهائي، بشرط أن تكون الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، وأن يكون الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضي، وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة / ١٠٢ من القانون المدني المصري[٢].

والدعوى التي يرفعها الموعود له تسمى بدعوى صحة التعاقد[٣].

---

(١) د/ الصدة : ص ١٣٥ .

(٢) يذهب البعض إلى نقد هذا الحكم الذي أخذ به المشرع المصري، على أساس أنه يجعل من الوعد بالعقد أضعف أثراً من الإيجاب الملزم، والذي يترتب على قبوله إبرام العقد ، وبالتالي فإن ما ذهب إليه المشرع المصري يجافي المنطق (د/ إبراهيم أبو الليل: هامش ١ – ص ١٦٧) .
– وفي رأينا أن هذا النقد في غير موضعه، ذلك لأن الإيجاب الصادر من الواعد يكون ملزماً ، والدليل على ذلك إلزام الواعد بإبرام العقد النهائي عن طريق القضاء إذا ما رفض إبرام العقد النهائي، وتكون الدعوى بمثابة دعوى صحة التعاقد.

(٣) د/ أنور سلطان : ص ٨١ .

ويجب تسجيل صحيفة هذه الدعوى إذا تعلقت بعقد بيع عقار، وفي هذه الحالة تنتقل الملكية إلى المشتري من تاريخ هذا التسجيل، إذا تم التأشير على هامشه بالحكم الصادر في الدعوى[1] .

ويعتبر العقد قد أبرم لا من وقت صدور الحكم، وإنما من وقت إبداء الرغبة من قبل الموعود له واتصالها بعلم الواعد، إذ الحكم هنا يعتبر تقريرياً وليس منشئاً [2] .

وإذا كان الواعد قد رهن العين خلال فترة الوعد ، انتقلت إلى الموعود له مثقلة بحق الرهن، إذا كان هذا الرهن مقيداً قبل تسجيل عقد البيع، ويقتصر حق الموعود له على مطالبة الواعد بالتعويض، وإذا كان الواعد قد تصرف في العقار بالبيع خلال مدة الوعد، وسجل المشتري عقده قبل أن يسجل الموعود له العقد النهائي، فإن المشتري خلال فترة الوعد يتملك العقار، ولا يكون أمام الموعود له سوى مطالبة الواعد بالتعويض لاستحالة تنفيذ التزامه عينياً[3].

---

(١) وفقاً للمادتين ١٥ ، ١٦ من قانون تنظيم الشهر العقاري .

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ١٨٤ .

(٣) د/ أنور سلطان : ص ٨١ .

الفرع الثالث

" العقد الابتدائـــي "

ينتمي العقد الابتدائي – مثله في ذلك مثل الوعد بالتعاقـد – إلـى طائفة العقود التمهيدية أو الأولية ، والتي تمهد لإبرام العقد النهائي[١]. غير أن العقد الابتدائي يختلف عن عقد الوعد في أنه هو العقد المقصود ذاته ولا ينقصه سوى إعادة صياغته في شكل معين يجعل منه عقـداً نهائيـاً، أمـا الوعد بالتعاقد، فليس هو المقصود في ذاته، وإنما قصد منه الوصول إلـى عقد آخر، هو المطلوب أصلاً[٢]. ومع ذلك يخلط البعض بين العقد الابتدائي والوعد بالتعاقد الملزم للجانبين[٣] ، وهو خلط منتقد ، لاختلاف حقيقة العقد الابتدائي عن عقد الوعد[٤].

---

(١) ولم ينظم المشرع المصري أحكام العقد الابتدائي، رغم أهميته العلمية .

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٥٨ . وقد ميز المشرع الكويتي بين الوعـد بالتعاقـد والعقد الابتدائي. (انظر المادة ٧٠ وما بعدها من القانون المدني) .

(٣) د/ أنور سلطان : ص ٨١ ، ص ٨٢ ، د/ السنهوري : ص ٣٣٠ .

(٤) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ١٧٦ وما بعدها .

ويشير البعض إلى فكرة العقد الابتدائي غير اللازم والذي يجوز الرجوع فيـه إلى حين الاتفاق النهائي بين طرفيه، ومن أمثلته بيع الوحدات السكنية تحـت الإنشـاء والذي نظمه المشرع الفرنسي في القانون الصادر في ١٩٦٧/١/٣، حيـث ألـزم هـذا القانون بائع الوحدة السكنية التي لم يتم بناؤها بعد بأن يحرر قبل إبـرام عقـد البيـع النهائي عقداً ابتدائياً يتعهد بمقتضاه بحجز وحدة سكنية للمشتري مقابل إيداع هذا ===

وسنوضح المقصود بالعقد الابتدائي، وأحكامه، كالتالي :

<u>أولاً : تعريف العقد الابتدائي :</u>

يقصد بالعقد الابتدائي العقد الحقيقي الذي يحتاج إلى إعادة صياغته على نحو خاص يتطلبه القانون، أو يتفق عليه المتعاقدان، لكي يرتب آثاره كلها أو بعضها [١].

وقد ارتبط مصطلح العقد الابتدائي في العمل – بصفة خاصة – بعقد البيع العقاري، والذي لا يكفي في ذاته لنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري إلا إذا تم تسجيله وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون، وهذا العقد يرتب كافة آثاره فيما بين المتعاقدين، فيما عدا نقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، والذي يتراخى إلى وقت تمام التسجيل[٢]،

=== الأخير مبلغاً من المال بأحد البنوك على أنه وديعة تضمن تنفيذ التزامه، انظر : د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٦١ ، ص ١٦٢ ، وهامش ١ – ص ١٦٢ .

- ولنا أن نتساءل عما إذا كان العقد الابتدائي غير اللازم بمثابة وعد بالتعاقد، والحقيقة أنه لا يعد كذلك ، بل هو عقد ابتدائي يكون في ذاته العقد النهائي بعد تمام بناء الوحدة السكنية وبقاء المشتري مصراً على رغبته في الشراء، فإذا عدل المشتري ، أمكن إلزامه بالتعويض من مبلغ الوديعة، وقد يفقدها كلية .

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٥٩.

(٢) وفقاً لأحكام قانون الشهر العقاري (مادة / ٩) .

وإذا امتنع البائع عن القيام بما يلزم لتسجيل العقد كان من حق المشتري رفع دعوى صحة ونفاذ عقد البيع، ويقوم بتسجيل صحيفة هذه الدعوى، ويؤشر على هامش التسجيل بالحكم الصادر في الدعوى .

ويذهب البعض إلى أن العقد الابتدائي، هو في ذات الوقت العقد النهائي، فالعقد الابتدائي يمثل العقد في صورته الأولية، والعقد النهائي يمثل العقد في صورته النهائية (١)، في حين يرى البعض أن مصطلح العقد الابتدائي في مجال البيع العقاري محل نظر، لأنه عقد نهائي، علق المشرع انتقال الملكية فيه على التسجيل، ونقل الملكية أثر من آثار العقد وليس ركناً فيه، فالعقد قد تم ، ولكن تأخر ترتيب أثره في نقل الملكية حتى تمام التسجيل(٢)، وهذا الرأي هو الأقرب إلى حقيقة البيع العقاري قبل التسجيل، ويتمشى مع المنطق القانوني .

ثانياً : أحكام العقد الابتدائي :

يرتب العقد الابتدائي كافة آثار العقد النهائي إلا ما استثنى منه، وإضافة لذلك يفرض على طرفيه التزاماً ذا شقين، كالتالي :

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ١٦٧ .

(٢) من هذا الرأي : د / خميس خضر : العقود المدنية الكبيرة – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٤ – ص ١٣٣ ، ص ١٣٤ . ويشير إلى تبني القضاء والفقه لهذا الرأي (انظر هامش ٤ – ص ١٣٣) .

(١) الالتزام بإبرام العقد النهائي في الميعاد المحدد له أو في مدة معقولة:

إذا كان من مقتضى العقد أن يبرم مرة أخرى أو في صورة أخرى، وجب على كل من طرفيه إبرامه في وضعه النهائي في الميعاد الذي يحدده العقد الابتدائي، وإلا ففي مدة معقولة[١] .

ويقصد بإبرام العقد في وضعه النهائي، إعادة صياغته على الوجه المطلوب، سواء بحكم القانون أو باتفاق طرفيه، وبالتالي يجب على كل طرف في العقد الابتدائي اتخاذ ما يلزم من إجراءات لإعادة صياغته في صورته النهائية، كتسليم مستندات معينة، والإنتقال إلى مكتب الشهر المختص، والتوقيع على العقد.

وإذا أخل أحد طرفي العقد الابتدائي بالتزامه بإبرام العقد النهائي خلال المدة المحددة في العقد، أو خلال مدة معقولة، كان للطرف الآخر أن يطلب من القضاء الحكم له بصحة العقد الابتدائي ونفاذه، شريطة ألا يكون مخلاً بالتزامه، والحكم الصادر في الدعوى يقوم مقام العقد النهائي، مع مراعاة إجراءات الشهر بالنسبة للعقارات[٢].

---

(١) وقد نصت على ذلك المادة ١/٧٠ من القانون المدني الكويتي، ويمكن الأخذ بحكمها في مصر دون نص، لأنها تقنن ما يجري عليه الرأي في الفقه والقضاء .

(٢) حول دعوى صحة التعاقد بالتفصيل راجع : د/ نبيل إبراهيم سعد : العقود المسلماة – الجزء الأول – عقد البيع – منشأة المعارف بالأسكندرية – ٢٠٠١ – ص ٢٠٦: ص ٢١٨ .

– كما يحق للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد مع التعويض .

(٢) الالتزام بإبرام العقد النهائي بنفس شروط العقد الابتدائي :

يجب أن يتم إبرام العقد النهائي بنفس شروط العقد الابتدائي ودون التعديل فيها، إلا إذا اتفق الأطراف على إجراء هذا التعديل، أو كان مما تستوجبه طبيعة المعاملة أو ظروف الحال[1]، وقد يكون التعديل بالزيادة أو النقصان . وإذا اختلف العقد النهائي عن العقد الابتدائي، فهل تكون العبرة بالعقد النهائي أم بالعقد الابتدائي ؟

ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن العبرة بالعقد النهائي، لأنه قانون المتعاقدين، وبه استقرت العلاقة بينهما[2]. ويؤيد بعض الفقه هذا الحل[3].

---

(١) وقد نصت على ذلك المادة ٢/٧٠ مدني كويتي.

(٢) نقض مدني : ١٩٤٤/٣/٢٣ - مجموعة عمر - جـ٤ - رقم ١١٤ - ص ٣٠٢، ١٩٧٠/٣/٢٦ - مجموعة أحكام النقض - س ٢١ - رقم ٨٢ - ص ٥١٣، وهذا الحكم الأخير يتعلق بنزاع موضوعه ورود شرط جزائي في عقد بيع ابتدائي عن تأخير البائع في التوقيع على العقد النهائي، وقد أغفل الطرفان ذكر هذا الشرط في العقد النهائي، وبعد ذلك طالب المشتري بأعمال الشرط الجزائي لأن البائع قد تأخر في توقيع العقد النهائي، واستند المشتري إلى ورود الشرط الجزائي في العقد الابتدائي، وقد أجابته محكمة الموضوع إلى طلبه، غير أن محكمة النقض كان لها رأياً آخر مفاده الاعتداد بالعقد النهائي فقط، ومن ثم ألغت حكم محكمة الموضوع .

(٣) على سبيل المثال : د/ السنهوري : هامش ١ - ص ٣٣١ .

وينتقد أستاذنا الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقي هذا الاتجاه، حيث يذهب إلى أن الشروط الواردة في العقد الابتدائي يجب أخذها في الاعتبار إلى جانب الشروط الواردة في العقد النهائي، ومن ثم فإنه إذا كان الشرط وارداً في العقد الابتدائي، ثم غفل عنه الأطراف في العقد النهائي، فأن الشرط يطبق ما لم يثبت أن الطرفين بعدم ذكرهما لهذا الشرط في العقد النهائي قد أرادا النزول عنه صراحة أو ضمناً، على أن يثبت ذلك بطريقة قاطعة، إذ التنازل لا يفترض[١] .

ونحن نؤيد ما ذهب إليه أستاذنا ، لأنه يتفق مع حقيقة العقد الابتدائي والذي هو في ذاته العقد النهائي بعد إعمال صياغته في الشكل الذي رسمه القانون، أو اتفق عليه الأطراف ، ومن ثم وجب إعمال الشروط الواردة في العقد الابتدائي ما لم يتم التعديل فيها بإرادة الطرفين أو نزولاً على مقتضيات التعامل، أو ما لم يثبت أن الطرفين قد أرادا النزول عن شرط أو أكثر من الشروط التي تضمنها العقد الابتدائي، على أن يثبت هذا النزول بطريقة واضحة لا لبس فيها، لأن التنازل لا يفترض .

وفي النهاية، نأمل أن يتدخل المشرع المصري وينظم أحكام العقد الابتدائي، مثلما فعلت بعض التشريعات العربية لا سيما التشريع الكويتي .

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : هامش ١ – ص ١٦٩ .

الفـــــــرع الثالث

" التعاقد بالعربـــون "

الأصل في التعاقد أنه بات ، بمعنى أنه لا يجوز لأحد طرفيـه بعـد تمامه أن يرجع فيه بإرادته المنفردة . غير أنه قد يدفع أحـد المتعاقـدين للآخر مبلغاً من المال يسمى العربون، يكون الغرض منه إما تقرير حق لكل منهما في العدول عن العقد، وإما تأكيد قيام العقد عن طريق تنفيذ جزء من الالتزامات الناشئة عنه(١) .

وسنوضح المقصود بالعربون ودلالته ، ثم أثـر اسـتحالة تنفيـذ الالتزامات الناشئة عن العقد المقترن بالعربون وطبيعة التعاقد بـالعربون ، وذلك فيما يلي :

أولاً : المقصود بالعربون ودلالته :

يقصد بالعربون " المال الذي يقدمه أحد المتعاقدين – وغالبـاً مـا يكون نقوداً – للآخر وقت إبرام العقد(٢).

---

(١) حول أحكام العربون بالتفصيل، راجع : د/ عبد السلام الترمانيني : أحكام العربـون في الشريعة والقانون – مجلة الحقوق والشريعة – جامعة الكويـت – س ١–ع ١ – يناير ١٩٧٧ – ص ٤٩ وما بعدها .

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٦٩ ، د/ أنور سلطان : ص ٨٢ .

ويتم دفع العربون عادة في عقـود البيـع، أو الإيجـار، غيـر أن العربون لا يكون إلا في العقود الملزمة للجانبين، وذلك باعتبـاره وسـيلة للرجوع في التعاقد[١].

دلالة العربون :

قد يدفع العربون مقابل استعمال خيار العدول عن التعاقد، فتكون له " دلالة العدول " ، وقد يدفع لتأكيد إبرام العقد وبوصفه جـزءاً مـن تنفيـذ الالتزامات الناشئة عن العقد فيسمى " بدلالة البت " . وقد غلـب القـانون المدني المصري دلالة العدول، وذلك خلافاً لما كان عليه الحال في المشروع التمهيدي[٢] ، وفي بعض التشريعات الأخرى التي تأخذ بدلالة البت[٣].

---

(١) د/ أنور سلطان : ص ٨٣ .

(٢) حيث كانت المادة ١/١٥٢ تأخذ بدلالة البت، انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٨٤ وما بعدها، وقد بررت المذكرة الإيضاحية العدول عن هذا الحكم، والأخذ بدلالة العدول الواردة في المادة / ١٠٣ ، بأن هذه الدلالة تتفق مع العـرف والقضاء في مصر .

(٣) من ذلك مثلاً : التشريع المدني الألماني (مادة / ٣٦٦)، والسويسـري (مـادة / ١٥٨ التزامات)، والتونسي (مادة / ٣٠٣) ، والمغربي (مادة / ٢٨٨) .

– ويقوم العربون بأدوار أخرى إلى جانب دلالتي البت والعدول ، من ذلك اعتباره وسيلة للإثبات، ووسيلة للائتمان، راجع في وظائف العربون بالتفصـيل : د / مصـطفى عبـد الحميد عدوي : العربون – دراسة مقارنة – دلالات دفع العربون ووسائل التعرف عليها – القاهرة – ١٩٨٩ .

فقد نصت المادة ١/١٠٣ من القانون المدني على أن : " دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك ".

ومن ثم فإن المشرع يأخذ بدلالة العدول، ويعتبر أن دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد منح حق العدول لكل من المتعاقدين، إلا إذا اتفقا على أن يكون دفع العربون تأكيد للعقد ودلالة على أنه أصبح باتاً .

ويجب الرجوع إلى نصوص العقد لمعرفة دلالة العربون، وإلى نية المتعاقدين المشتركة سواء أكانت صريحة أو ضمنية لتحديد الغرض من دفع العربون، وإلى العرف كذلك ، لأن الأمر يتعلق بقاعدة مكملة يقدم عليها العرف إن وجد(١)، ولمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد، فإذا لم يمكن الكشف عن نية المتعاقدين المشتركة ولم يكن هناك عرف، اعتبر دفع العربون دليلاً على استعمال حق العدول(٢).

---

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٦٩ ، ص ١٧٠ . وقد أخذت المادة / ٧٤ من القانون المدني الكويتي بالعرف إلى جانب اتفاق الطرفين . ومن أمثلة ذلك العرف السائد في الفنادق ، من أن دفع العربون يكون لتأكيد الحجز والتعاقد.

(٢) د/ أنور سلطان : ص ٨٢ ، ص ٨٣، وفي ذات المعنى : نقض مدني : ٢٠٠١/١/٤ – مجلة المحاماة – العدد الثاني – ٢٠٠٢ – ص ٢٨.

وحق العدول – أو بالأحرى خيار العدول[١] – يجب عدم التعسف في استعماله من جانب المتعاقد، وإلا أمكن مساءلته عن الخطأ المقترن بالعدول على أساس المسئولية التقصيرية ، ومن ثم يمكن إلزامه بالتعويض[٢] . وينتقل حق العدول من المتعاقد إلى ورثته في حالة وفاته[٣].

والغالب أن يحدد الطرفان مدة معينة يحق لكل منهما العدول عن التعاقد خلالها، وفي هذه الحالة لا يجوز استعمال خيار العدول إلا خلال الفترة المحددة، أما إذا لم يحدد المتعاقدان مدة معينة فإن خيار العدول يظل باقياً حتى تنفيذ العقد، فإذا تم هذا التنفيذ دل ذلك على نيتهما في التنازل عن خيار العدول ، وإذا تم تنفيذ العقد من طرف واحد، سقط خيار العدول بالنسبة لهذا الطرف وبالتالي لا يحق له أن يعود ويستعمل هذا الخيار، ويجب على الطرف الآخر إما تنفيذ العقد أو العدول عنه مقابل الالتزام بأحكام العربون[٤].

---

(١) لأن العدول مجرد رخصة أو خيار، وقد استعمل المشرع الكويتي عبارة " خيار العدول "، بعكس المشرع المصري الذي تحدث عن حق العدول، والأدق استعمال خيار العدول.

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : هامش ٢ – ص ١٧١ .

(٣) راجع حول هذه المسألة تفصيلاً، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل : العقد غير اللازم – دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية – الكويت – ١٩٩٤ – فقرة ١٦٣.

(٤) د/أنور سلطان : ص ٨٤.

ويكون استعمال خيار العدول مقابل العربون، فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه (أي مبلغ العربون ومثله)، حتى ولو لم يترتب على العدول أي ضرر، وذلك ما قضت به المادة ٢/١٠٣ من القانون المدني المصري. ومن هذا يتبين أن العربون يختلف عن الشرط الجزائي والذي لا يستحق إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر[١]، كما لا يجوز تخفيض مبلغ العربون أو ضعفه بأي حال بعكس مبلغ الشرط الجزائي الذي يخضع للتخفيض من جانب القضاء إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه [٢].

وإذا كان العدول يرتب ضرراً أكبر من مقدار العربون ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطالب بتعويض آخر لجبر هذا الضرر، وفقاً للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية[٣]، وبشرط أن يقترن العدول بخطأ تقصيري.

---

(١) مادة ٢/٢٢٤ مدني مصري.

(٢) نفس الإشارة

(٣) د/ أنور سلطان : ص ٨٤.

ثانياً : أثر استحالة تنفيذ التزامات الناشئة عن العقد المقترن بالعربون :

إذا حدث أن أصبح تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد مستحيلاً ، خلال الفترة التي يجوز فيها العدول، كهلاك محل الالتزام ومثال ذلك تهدم المنزل محل البيع ، فما اثر هذه الاستحالة؟ .

لم يوضح المشرع المصري حكم هذه المسألة، ومع هذا فإن من السهل بيان الحكم القانوني لها في ضوء القواعد العامة والتي تقضي بالتفرقة بين الاستحالة التي ترجع إلى فعل المتعاقد، والاستحالة بسبب أجنبي لا يد للمتعاقد فيه، ومثال الحالة الأولى قيام البائع بهدم المنزل محل البيع، أو بإعادة بيعه لمشتري ثان قام بتسجيل عقد البيع فيقدم على المشتري الأول، وتعد هذه الاستحالة في حكم مباشرة خيار العدول، ومن ثم يلتزم البائع برد العربون الذي دفعه له المشتري، ودفع مثله ، دون أن يلتزم بتعويض المشتري عن الأضرار التي تصيبه بسبب هلاك الشيء محل الالتزام، وإذا تم إهلاك الشيء بفعل البائع بعد انتهاء مدة خيار العدول وصيرورة العقد باتاً، فإن البائع يلتزم بتعويض المشتري وفقاً للقواعد العامة[1].

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ١٩٤ ، ص ١٩٥ ، د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٧٣ .

أما إذا كانت الاستحالة بسبب أجنبي لا يد للمتعاقد فيه، فإن العقد ينفسخ بقوة القانون وفقاً لنص المادة / ١٥٩ من القانون المدني، ويلتزم المتعاقد الذي قبض العربون برده إلى دافعه[1]، ومن أمثلة هذه الحالة احتراق المنزل بسبب لا يد للبائع فيه، أو تهدمه بسبب زلزال .

ثالثاً : طبيعة التعاقد بالعربون :

وفقاً لرأي الفقه المصري، فإن التعاقد بالعربون ، كالبيع بالعربون مثلاً ، يعتبر بيعاً معلقاً على شرط، غير أن الفقه مختلف حول تحديد طبيعة هذا الشرط، فذهب البعض إلى أنه بيع معلق على شرط فاسخ، ومن ثم فإن البيع يعد تاماً وتترتب عليه آثاره، ولكنه يفسخ إذا استعمل أحد الطرفين خيار العدول، واعتبره البعض الآخر وهو الراجح بيعاً معلقاً على شرط

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ١٩٥، ويرى سيادته أن التفاسخ أو التقايل يأخذ حكم الانفساخ من حيث وجوب رد العربون إلى دافعه .

- وقد نصت المادة /٧٧ من القانون المدني الكويتي صراحة على الأحكام الخاصة بالاستحالة في التعاقد بالعربون .

واقف، لأن خيار العدول يدل على أن رضاء المتعاقدين بالعقد ليس نهائيــاً، وبالتالي توقف جميع آثار العقد حتى يسقط خيار العدول بعدم استعماله في الأجل المحدد له، وعندئذ تتحقق آثار العقد بأثر رجعي[١].

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن أحكام العربون الواردة بــنص المـــادة ٢/١٠٣ من القانون المدني ، يجوز الاتفاق على ما يخالفها، كــأن يتفــق المتعاقدان في عقد البيع مثلاً على أنه إذا عدل البائع عن العقد رد العربون الذي قبضه فقط[٢].

الفرع الرابع

" التعاقد بالمزايــدة "

قد يتم التعاقد بطريق المزاد ، حيث يوجه من يرغب فــي التعاقــد دعوة عامة محدداً فيها الشروط الأساسية اللازمة لإبرام العقد، ولكل مــن يرغب في التعاقد أن يقدم إيجاباً بذلك يتمثل في العطاء الذي يزايد به على عطاءات الآخرين، ويرسو المزاد على أفضل عطاء وبالتالي ينعقد العقد .

---

(١) انظر في ذلك :

د/ أنور سلطان : ص ٨٥ ، د/ خميس خضر : المرجــع الســابق – ص ٦٦ والمراجع المشار إليها بهامشي ١،٢ .

(٢) د/ الصدة : ص ١٣٨ .

وتهدف المزايدة إلى الحصول على أفضل عطاء وضمان الحيدة والموضوعية في إتمام الصفقات .

وقد يتم المزاد علناً ، وقد يتم سراً في مظاريف مغلقة، كما قد يكون جبراً كبيع أموال المدين جبراً عنه، وقد يكون اختيارياً للحصول على أفضل الأسعار .

وينظم المزايدات في مصر القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات، والعقود التي تبرمها الجهات الحكومية بطريق المزايدة عقودا إدارية(١).

وقد نص المشرع المصري في القانون المدني على أنه : " لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً(٢).

ومن ثم فإن الإيجاب في عقود المزايدة يتمثل في العرض أو العطاء الذي يتقدم به المزايد، وليس في إجراءات فتح المزاد وتحديد سعر أولي،

---

(١) راجع بالتفصيل حول هذه العقود في ظل قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، مؤلف أستاذنا الدكتور / أنس جعفر : العقود الإدارية : دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود B.O.T – الطبعة الثالثة – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٣ .

(٢) مادة / ٩٩ مدني .

وهذا الإيجاب يظل قائماً ويلتزم به الموجب حتى يتقدم شخص آخر بعطاء أفضل (أو أزيد) ، أو أن يتم قفل المزاد دون أن يرسو على أحد، حيث يسقط العطاء في هذه الحالة[١]. ويسقط العطاء بعطاء أفضل منه، حتى ولو كان هذا العطاء اللاحق باطلاً كأن يصدر من شخص ممنوع من المزايدة بنص القانون، غير أن العطاء المقدم في المظاريف المغلقة لا يسقط بعطاء أفضل منه، بل يترك للداعي إلى المزايدة اختيار الأصلح ما لم يتفق على غيره، أو ينص القانون على خلافه[٢].

ويتم القبول برسو المزاد على العطاء الأفضل - أو الأصلح -، وإذا كان الأمر يحتاج إلى مصادقة من جهة حكومية - كما هو الحال في المزادات الحكومية -فإن رسو المزاد لا يتم من وقت المصادقة، وينعقد العقد من تاريخ المصادقة[٣] .

---

(١) د/ الأهواني : ص ٨١ .

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٧٥ .

(٣) د/ الأهواني : ص ٨١

- عكس ذلك : د/ عبد الباقي : ص ٢٠١، د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٧٦. حيث يذهبان إلى أن العقد يكون قد تم من وقت رسو المزاد، لا من وقت المصادقة، وبه أخذ المشرع الكويتي (مادة ٣/٧٨ مدني) .

- ولا يوجد نص مماثل في القانون المصري، ولهذا ذهب الرأي في الفقه إلى أن العقد ينعقد من تاريخ المصادقة لا من تاريخ رسو المزاد، إذ المصادقة هي القبول، وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي، انظر : نقض مدني : ١٩٦٨/١٠/٢٩ – مجموعة الأحكام – س١٩ – رقم ١٩٤ – ص ١٢٨٧ .

وقد تتضمن شروط المزاد شرطاً يمنح القائم بالمزاد الحق في رفض أو قبول أي عطاء دون إبداء الأسباب ، فهنا لا يتم إرساء المزاد إلا باستعمال القائم بالمزاد لهذا الخيار، بشرط أن يكون المتقدم للمزاد قد علم بهذا الشرط أو كان في إمكانه العلم به[1]. وإذا لم يتضمن المزاد مثل هذا الشرط، وقام الداعي للمزاد برفض العطاء الأفضل دون عذر مقبول، فأنه يسأل وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية، عن تعويض صاحب العطاء الأفضل المرفوض ، وقد يتمثل هذا التعويض في اعتبار الصفقة قائمة مع صاحب العطاء الأفضل، حيث يعد ذلك تعويضاً عينياً[2] .

---

(١) د/ عبد الباقي : ص ٢٠٠ .

(٢) د/ عبد الباقي : ص ٢٠٠ ، د/ رمضان أبو السعود : ص ٨١

المبحـــث الثانـــي

" المحــــــل "

المحل هو الركن الثاني من أركان العقد، ويحدده بعض الفقهاء بأنه " العملية القانونية التي تراضي الأطراف على تحقيقها كالبيع والإيجار "(١)، غير أن هذا المعنى ينصرف في الواقع إلى موضوع العقد وليس إلى محله، فالعقد له آثار، تتمثل في الالتزامات والنتائج القانونية التي يرتبها العقـد، ولكل من هذه الالتزامات محل يرد عليه يتمثل فـي الأداء الواجـب علـى المدين أداؤه لصالح الدائن(٢).

ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أن محل الالتزام هـو فـي ذات الوقت محل العقد، ومن ثم فإن الشروط الواجب توافرها في محل العقد، هي

---

(١) د/ الأهواني : ص ١٣٧

- وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقهاء يرون أن المحل ركنا في الالتزام لا في العقد، وهناك من يعتبره عنصراً في الإرادة، راجع د/ جميل الشرقاوي : المرجع السـابق – ص ١٩٩. وما بعدها، وحول هذه الآراء بالتفصيل راجع لنفس المؤلف : طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني – مجلة القانون والاقتصـاد – ١٩٦٤ – ص ٣٠١ وما بعدها .
- وحول مفهوم المحل تفصيلاً راجع : د/ محمد يحي عبد الرحمن : مفهـوم المحـل والسبب في العقد – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٦ .

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٨٣ .

بذاتها التي يجب توافرها في محال الالتزامات الناشئة عن هـذا العقـد[١]، ومع هذا يذهب البعض إلى وجوب التفرقة بين محل الالتزام ومحل العقـد، ومحل الأداء الذي يلتزم المدين بتقديمه، فمحل العقد هو العملية القانونية التي تراضي الأطراف على تحقيقها كالبيع، أما محل الالتـزام فهـو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن سـواء أكـان عمـلاً أو امتناعاً عن عمل أو إعطاء شيء كنقل حق الملكية، أما محـل الأداء فهـو الشيء الذي يلتزم المدين بإعطائه في الالتزام بإعطاء شيء [٢].

أيا كان الأمر، فإن محل العقد هو مجموع محال الالتزامات التـي يرتبها العقد أي المتفق عليها، أو الالتزامات التي يرتبها القانون على العقد ولو لم تتجه إليها إرادة المتعاقدين[٣]. وبناءاً عليه فإن الشروط التي يجـب توافرها في محل العقد، هي جماع الشروط التي يجب أن تتوافر في محـال الالتزامات التي يرتبها العقد، ويتعدد محل العقد بالتالي بتعدد الالتزامات لتي تتولد عنه، فالبيع مثلاً يولد التزامين أساسيين أحدهما على عـاتق البـائع ويتمثل في وجوب تسليم الشيء المبيع والعمل على نقل ملكيته للمشتري، والثاني يقع على عاتق المشتري ويتمثل في وجـوب دفـع الـثمن إلـى البائع[٤].

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٤٠٧، وانظـر المـادة / ١٨٦ / أ مـن قـانون الموجبات اللبناني .

(٢) د/ الأهواني : ص ١٣٧ .

(٣) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٨٣.

(٤) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٤٠٧ ، ص ٤٠٨ .

ومحل العقد قد يكون أداء عمل ، أو امتناع عن عمل ، مع ملاحظة أن الالتزام بإعطاء شيء يندرج تحت القيام بعمل(١)، وهو يتمثل في إنشاء أو نقل حق عيني على عقار أو منقول، كما قد يتمثل محل العقد في تحقيق نتيجة لصالح الدائن، وقد يقتصر على بذل عناية من جانب المدين .

والمرجع في تحديد محل العقد الاتفاق، مع إعمال قواعد التفسير للتوصيل إلى نية الأطراف ، وفي حالة الشك يقصر المحل على بذل عناية من جانب المدين، وليس تحقيق نتيجة، كما يتم الرجوع إلى نصوص القانون لتحديد محل العقد في حالة عدم وجود بند في العقد يحدد ذلك(٢).

شروط المحل :

يشترط في محل الالتزام، وبالتالي في محل العقد، ثلاثة شروط هي:

الشرط الأول : أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود.
الشرط الثاني : أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين .
الشرط الثالث : أن يكون المحل مشروعاً .

وفيما يلي كلمة موجزة عن هذه الشروط وأثر تخلفها على العقد.

---

(١) وفقا لما نرجحه .
(٢) د/ حسام لطفي : المرجع السابق – ص ١٠٧ ، وانظر المادة ١/١٥١ مدني.

الشرط الأول : أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود وممكناً :

يجب أن يكون المحل موجوداً أو قابلاً للوجود إذا كان شيئاً، وأن يكون ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل ، كالتالي[١] :

(أ) الوجود أو القابلية للوجود :

يفترض هذا الشرط ورود المحل على شيء ، فيجب أن يكون هذا الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام بإعطاء هذا الشيء والوجود الفعلي لا يشترط إلا بالنسبة للأشياء المعينة بالذات بوجه عام، والأشياء المعينة بالنوع إذا ثبت انصراف نية الأطراف إلى ذلك وقت التعاقد[٢]، فإذا لم يكن الشيء موجوداً، فأن الالتزام لا يقوم ، كذا فإنه إذا كان الشيء موجوداً ثم هلك قبل نشأة الالتزام، فإن الالتزام لا يقوم، ويقع العقد باطلاً لورود الالتزام على شيء غير موجود[٣]. وإذا هلك الشيء بعد التعاقد، فإن الالتزام يكون صحيحاً، ولكن العقد يكون قابلاً للفسخ لعدم استطاعة أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه[٤]، كما يمكن أن ينفسخ العقد بقوة القانون إذا كان هلاك الشيء

---

(١) وهناك من يقسم هذا الشرط إلى شرطين : الوجود ، الإمكان، انظر د/ عبد الباقي ص ٤١٣ ، د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٨٥ وما بعدها ، غير أن جمهور الفقه يعالجون الأمرين تحت شرط واحد، على سبيل المثال : د/ السنهوري : ص ٥٠٣ وما بعدها .

(٢) د/ حسام لطفي : ص ٤٠٧ .

(٣) د/ السنهوري : ص ٥٠٣ ، ص ٥٠٤.

(٤) د/ رمضان أبو السعود : ص ١٤٤ ، وسواء أكان الهلاك مادياً أو قانونياً، علم به الطرفان أو لم يعلما : د/ محمد إبراهيم دسوقي : ص ٨٣ ، ص ٨٤ .

قد تم لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه[١].

ويجوز أن يكون الشيء قابلاً للوجود في المستقبل، حيث نصت المادة / ١٣١ / ١ من القانون المدني على ذلك، إذ قضت بأنه " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً " [٢] .

ومن أمثلة ذلك بيع وحدة سكنية في عقار قبل التشييد، وبيع حق نشر كتاب من قبل مؤلف قبل أن يشرع في تأليفه[٣]، وبيع المنتجات الصناعية قبل صنعها، وبيع المحصولات الزراعية قبل وجودها[٤]. ففي مثل هذه الحالات يكون العقد صحيحاً، طالما كان الشيء قابلاً للوجود مستقبلاً، ويجب ألا يكون وجود الشيء مستقبلاً رهيناً بمحض الصدفة، درءاً للغرر والمقامرة[٥].

واستثناءاً، قد يحظر المشرع التعامل في الشيء المستقبل في بعض

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٤١٤.

(٢) وهذا الحكم يخالف الحكم السائد في الفقه الإسلامي، والذي يشترط وجود الشيء ، فبيع المعدوم باطل، ويستثنى من ذلك بيع السلم ، والإيجار، وقد تأثر المشرع في التقنين المدني المختلط القديم بهذه القواعد ، راجع : د/ السنهوري : ص ٥٠٤ ، ص ٥٠٥ .

(٣) د/ حسام لطفي : ص ١٠٨ ، ص ١٠٩ .

(٤) بثمن مقدر جزافا أو بسعر الوحدة، د/ السنهوري : ص ٥٠٥ .

(٥) د/ إبراهيم أبو الليل : ص١٨٩ ، وانظر المادة / ١٦٨ مدني كويتي .

صوره لاعتبارات معينة، ومن ذلك حظر رهن المال المستقبل رهناً رسمياً[١]، أو حيازياً [٢]، وحظر هبة المال المستقبل[٣] .

كما قد يحظر المشرع التعامل في شيء معين رغم وجوده في الواقع، حظراً تاماً في كافة صوره، وهذا ما قرره المشرع بالنسبة للتعامل في تركة إنسان لازال على قيد الحياة [٤]، ونظراً لاتصال هذا الاستثناء بشرط مشروعية المحل، فإننا نؤجل دراسته لحين التعرض لهذا الشرط[٥].

(ب) الإمكان :

إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل، وجب أن يكون ممكناً، بمعنى أن يكون في استطاعة المدين القيام به أو الامتناع عنه، لأنه لا التزام بمستحيل[٦]. وقد نصت المادة / ١٣٢ من القانون المدني على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته، كان العقد باطلاً ". والاستحالة التي تؤدي إلى بطلان العقد، هي الاستحالة المطلقة لا النسبية ، وهي نوعان :

---

(١) مادة / ١٠٣٣ / ٢ مدني .

(٢) مادة / ١٠٩٨ مدني .

(٣) مادة / ٤٩٢ مدني : "تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة " .

(٤) مادة ١٣١ / ٢ مدني .

(٥) ونحن في ذلك نخالف ما يسير عليه جمهور الفقه المصري، وسندنا في ذلك أن سبب الحظر مخالفة النظام العام، وبالتالي فمن الأفضل معالجة الحظر تحت شرط المشروعية .

(٦) د/ السنهوري : ص ٥١٣ .

مادية أو طبيعية ، ومثالها أن يلتزم شخص بتعبئة أشعة الشمس، أو بـأن يأتي بالشمس من المغرب[١]، وهناك استحالة مطلقة قانونية، كتعهد محـام باستئناف حكم لا يقبل الطعن بالاستئناف، أو فات ميعاد استئنافه[٢].

ومعيار تقدير الاستحالة المطلقة، هو معيار الشـخص العـادي[٣]، وليس المدين شخصياً ، فإذا كان العمل ممكناً بالنسبة للشـخص العـادي، ولكنه غير ممكن بالنسبةِ للمدين، فإن العقد يكون صحيحاً ولا يعفى المدين من القيم بالعمل، ويجوز إلزامه بتعويض المتعاقد الآخر، ويجب أن تكـون الاستحالة المطلقة معاصرةً لنشوء الالتزام حتى تبطلـه، أمـا إذا أعقبتـه فالجزاء هو فسخ العقد، وإذا كانت نتيجة قوة قـاهرة أدت إلـى انفسـاخ العقد[٤].

الشرط الثاني : أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين :

يجب لصحة الالتزام التعاقدي، أن يكون محله معيناً تعيينـاً نافيـاً للجهالة الفاحشة، وإلا وقع الالتزام، وكذلك العقد الذي رتبه باطلاً[٥].

---

(١) د/ رمضان أبو السعود : ص ١٤٦ .

(٢) أو تم استئنافه بالفعل : د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٨٦ .

(٣) د/ السنهوري : ص ٥١٥ .

(٤) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٤١٠ .

(٥) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٩٠.

ويختلف مضمون هذا الشرط ، بحسب محل الالتزام، والذي قد يكون عملاً أو امتناعاً عنه، أو شيئاً، أو مبلغاً من النقود، وذلك على النحو التالي :

(أ) تعيين العمل أو الامتناع :

يلزم أن يكون العمل أو الامتناع عنه معيناً أو قابلاً للتعيين، فإذا تعهد شخص ببناء منزل معين، وجب أن يكون هذا المنزل معيناً أو قابلاً للتعيين ويتم هذا التعيين بناءاً على رسوم هندسية أو مواصفات خاصة ، أما إذا تعهد الشخص ببناء منزل أيا كان ، فإن محل التزامه يكون غير معيناً وغير قابل للتعيين، فلا يقوم العقد ويقع الالتزام باطلاً(١) .

وقد يتم تعيين العمل – أو الامتناع عنه – في بنود العقد، كالاتفاق في عقد العمل على تحديد نوع وطبيعة العمل وعدد ساعاته، وبدايتها ونهايتها،ويوم الراحة الأسبوعية، وقد يكتفي بتحديد نوع وطبيعة العمل، ويترك تعيين باقي المسائل لما جرى عليه العرف في منشأة رب العمل أو المنشآت المماثلة أو لما يجري به عرف المهنة أو الصنعة (٢).

كما يمكن تعيين العمل في العقد بطريق غير مباشر، بأن يتضمن

---

(١) د/ رمضان أبو السعود : ص ١٤٧ ، ص ١٤٨ .

(٢) د/ حسام لطفي : ص ١١٠.

العقد الأسس التي بمقتضاها يتعين محل الالتزام فيها بعد[١]. ويترتب على استحالة التعيين البطلان المطلق[٢].

(ب) تعيين محل الالتزام بنقل حق عيني (الالتزام الوارد على شيء) :

إذا كان محل الالتزام هو نقل حق عيني ، فإن الشيء موضوع هذا الحق، يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين .

ويختلف تعيين الشيء بحسب ما إذا كان معيناً بالذات أم بالنوع، كالتالي :

١ – تعيين محل الالتزام الوارد على شيء معين بالذات :

يتعين هذا الالتزام وفقاً لطبيعة الشيء ، فإذا كان عقاراً وجب تعيين موقعه ومساحته وحدوده إذا كانت أرضاً وتحديد موقعه وأوصافه الأساسية التي تميزه عن غيره من المنازل الأخرى إذا كان منزلاً[٣].

وإذا كان الشيء منقولاً ، وجب تحديد أوصافه التي تميزه عن غيره، فإذا باع شخص سيارة معينة بالذات، وجب ذكر نوعها وسنة صنعها

---

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٩٠.

(٢) د/ حسام لطفي : ص ١١٠.

(٣) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٩١ .

ولونها ورقم الموتور، ورقم الشاسيه، وكل وصف آخر يميز السيارة عن غيرها من السيارات الأخرى المملوكة للبائع.

وقد اشترط المشرع في شأن عقد البيع ، أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه[١].

٢- تعيين محل الالتزام الوارد على شيء معين بالنوع :

إذا لم يكن الشيء معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلاً[٢].

فالشيء المعين بنوعه – أي الشيء المثلي[٣] – يتم تعيينه في العقد بجنسه ونوعه ومقداره ، ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره[٤]. مثال ذلك أن يتعهد شخص بتوريد أغذية معينة لمدرسة معينة، حيث أن المقدار اللازم من هذه الأغذية ، وإن لم يتحدد في العقد، قابل للتحديد وفقاً لحاجة تلاميذ

---

(١) مادة ٤١٩ / ١ مدني .

(٢) مادة ١٣٣ / ١ مدني .

(٣) الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن (مادة / ٨٥ مدني).

(٤) مادة ١٣٣ / ٢ مدني .

المدرسة[١].

وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط الجودة[٢]، وذلك حتى لا يغبن المدين إذا التزم بتقديم صنف جيد، ولا يغبن الدائن إذا كان الشيء رديئاً[٣] .

وقد يتم تعيين المحل بواسطة أجنبي يتفق عليه المتعاقدان، ولا يحل القاضي محله في هذه الحالة، مثال ذلك بيع منزل بثمن يترك تقديره لشخص ثالث أجنبي عن العقد، فإذا تم التقدير بواسطة هذا الشخص، كان ملزماً للمتعاقدين، وإذا لم يُقم بالتقدير، فلا يجوز أن يحل القاضي محله في التقدير لأن عمل العقود لا يدخل في مهمة القاضي ، فيبقى الثمن غير معين ويقع البيع باطلاً[٤]. كما قد يتولى القانون تحديد أسس تعيين محل الالتزام.

---

(١) د/ السنهوري : ص ٥٢٠ ، ص ٥١٢ .

(٢) مادة ٢/١٣٣ مدني .

(٣) د/ السنهوري : ص ٥٢١ .

(٤) كما لا يجوز ترك تعيين المحل لإرادة أحد المتعاقدين المحضة، حتى لا يصبح المتعاقد الآخر تحت رحمته، إلا إذا كانت عناصر التعيين معروفة حيث لا يكون هناك مجال للتحكم، راجع: د/ السنهوري : هامش ١ – ص ٥٢١ ، مجوعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٢١٥ ، ص ٢١٦ .

(ج) تعيين محل الالتزام بدفع مبلغ من النقود :

نصت المادة / ١٣٤ من القانون المدني على أنه : " إذا كان محل الالتزام نقوداً ، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر ".

ومن ثم فإن المدين في الالتزام بدفع مبلغ من النقود – أو الالتزام النقدي – لا يلتزم إلا بالوفاء بقيمة المبلغ المذكور في العقد فقط، حتى لو ارتفعت القوة الشرائية للنقود أو انخفضت وقت الوفاء، وهذا الحكم آمر ويتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفته[1]. ويكون الوفاء بالعملة المحددة في العقد، والأصل أنها العملة المصرية إلا إذا اتفق المتعاقدان على خلاف ذلك .

والغالب هو انخفاض القوة الشرائية للنقود ، ومن ثم فإن هذا يضر بالدائن، ويفيد المدين، لذلك فإن الدائن يحتاط لذلك عادة بعدة وسائل منها ما يسمى بالالتزام المتغير، والذي تتغير بمقتضاه قيمة الالتزام بتغير القوة الشرائية للنقود، وأيضاً ما يسمى بالالتزام الذي يتحدد بقيمة معينة وليس

---

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٠٠ ، وقد نصت المادة ١/١٧٤ من القانون المدني الكويتي صراحة على ذلك، ويمكن الأخذ بحكمها دون نص في مصر، لاتحاد العلة، فضلاً عن أن صياغة المادة / ١٣٤ من القانون المدني المصري، تفيد من حيث الشكل أنها تورد قاعدة آمرة .

ساقط من الأصل

استقرت أحكام القضاء المصري على ذلك، منذ صدور المرسوم المذكور[١].

<u>الشرط الثالث</u> : أن يكون المحل مشروعاً :

وفقاً لنص المادة / ١٣٥ من القانون المدني فإنه إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً .

وهكذا ، فضلاً عن شرط الوجود والتعيين، يلزم أن يكون المحل مشروعاً، وهو يعد كذلك إذا كان موافقاً للقانون العام وحسن الآداب، أما إذا كان المحل مخالفاً للقانون ، أو للنظام العام وحسن الآداب، كان غير مشروع، وبطل العقد.

ومن أمثلة العقود المخالفة للقانون، والتي قضى المشرع ببطلانها لعدم مشروعية المحل، بيع الوفاء ، وهو البيع الذي يحتفظ فيه البائع بحق استرداد المبيع إذا رد الثمن خلال مدة معينة[٢]، وكذا عقود المقامرة والرهان[٣].

---

(١) انظر في ذلك بالتفصيل لدى :
- د/ السنهوري : ص/ ٥٢٥ : ص ٥٣٠ ، وهوامش هذه الصفحات.

(٢) مادة / ٤٦٥ مدني، وانظر : نقض مدني : ١٩٧٦/٣/١٥ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٧ – رقم ١٣٠ – ص ٦٥٢.

(٣) مادة ٧٣٩ / ١ مدني .

ويقصد بالنظام العام مجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان الدولة سواء في ذلك المصالح السياسية أو الاقتصادية أو الدينية أو الإجتماعية، والتي لا يقبل من الأفراد المساس بها ، وإلا اختل بنيان المجتمع. أما حسن الآداب فيقصد بها كل ما يؤدي إلى صيانة الأخلاق الحميدة في الدولة(١).

وفكرة النظام العام فكرة مرنة ومتغيرة، إذ تختلف من مجتمع إلى آخر وحتى داخل المجتمع الواحد، تختلف الفكرة من زمن إلى آخر، ويلاحظ أن هذه الفكرة تتسع كلما سادت المذاهب الاشتراكية، وتضيق كلما سادت المذاهب الفردية أو الرأسمالية (٢).

ومن أمثلة الاتفاقات المخالفة للنظام العام، الاتفاق الذي يقبل بمقتضاه الموظف رشوة لأداء عمل يدخل في مهام وظيفته، والاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه شخص أن يرتكب جريمة، والاتفاق على القتل أو السرقة ، أو على تحمل عقوبة محكوم بها بدلاً من المحكوم عليه، أو الاتفاق على التنازل عن الجنسية لشخص أجنبي بمقابل، أو النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، أو بيع حق التصويت في الانتخابات العامة بمقابل مالي، أو الاتفاق على عدم تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان، أو الاتفاق

---

(١) د/ عبد الباقي : ص ٤٢٢ .

(٢) راجع حول فكرة النظام العام والآداب العامة تفصيلاً، أستاذنا العلامة السنهوري : المرجع السابق – ص ٥٣٤ : ص ٥٣٧ .

على سعر فائدة يزيد على السعر القانوني[١] .

ومن أمثلة الاتفاقات المخالفة للآداب العامة، التعهد بسداد مبلغ نقدي نظير إقامة علاقة غير مشروعة مع امرأة أو العودة إليها بعد انقطاعها أو الاتفاق على استغلال بيوت الدعارة[٢].

ومن قبيل الاتفاقات التي أبطلها المشرع لمخالفتها للنظام العام وحسن الآداب، بطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة، وهو ما يعرف باسم التركة المستقبلة، وسنعطي فكرة سريعة عن هذه المسألة فيما يلي :

حظر التعامل في التركة المستقبلة :

نصت المادة / ١٣١ / ٢ من القانون المدني على مايلي : " غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها القانون "[٣].

---

(١) انظر تطبيقات أخرى لدى : د/ السنهوري : ص ٥٣٨ وما بعدها .

(٢) د/ حسام لطفي : ص ١١٢ .

(٣) وتضيف بعض التشريعات عبارة " ولو تم منه " انظر مثلاً : المادة / ١٦٩ من القانون المدني الكويتي .

وسنبين مضمون ونطاق الحظر، والحكمة منه ، وشروط تطبيقه، وجزاء مخالفته فيما يلي :

(أ) مضمون الحظر ونطاقه :

ينصرف الحظر الوارد بنص الفقرة الثانية من المادة / ١٣١ إلى كافة صور التعامل في التركة المستقبلة ويقصد بها مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون منظوراً إليه وقت موته[١] . فيشمل الخطر كل تصرف في التركة المستقبلة سواء في مجموعها، أو في جزء منها أو في مال معين يدخل ضمن أموال التركة المستقبلة[٢]، وسواء أكان التصرف بيعاً، أو هبة، أو قسمة، أو مقايضة، أو إيجاراً، وسواء أكان المستفيد وارثاً أو غير وارث وسواء أكان من صدر منه التصرف وارثاً ، أم كان هو المورث نفسه[٣] . وسواء أكان التصرف معاوضة أو تبرع، ويقع التصرف باطلاً ، حتى لو رضى صاحب التركة بهذا التصرف ، لأن الأمر يتعلق بقاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، فالتصرف في تركة مستقبلة باطل لا تلحقه الإجازة[٤]. وتطبيقاً لذلك قضى ببطلان البيع الصادر من الوارث المحتمل لمال مملوك في الحال لمورثه اعتباراً بأنه سيرثه منه

(١) د/ السنهوري : ص ٥٠٩ .

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٩٦ .

(٣) انظر المادة / ١٦٩ مدني كويتي .

(٤) في هذا المعنى : د/ عبد الباقي : ص ٤١٦ .

مستقبلاً[١]، كما قضى ببطلان الاتفاق الحاصل بين زوجين أراد كل منهما أن يختص بأموال الآخر بعد موته، دون باقي ورثته، حيث أن هذا الاتفاق وإن ورد في صورة بيع بثمن صوري من كل منهما للآخر وفي نفس اليوم، واشترطا ألا يتملك أيهما مال الآخر إلا بعد موته، لا يعد وصية، وإنما هو نوع من التعامل في التركة المستقبلة، ويقع باطلاً[٢].

ويستثنى من حظر التعامل في التركة المستقبلة ، الوصية نظراً لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الوفاة، ويمكن للموصي أن يرجع عنها في أي وقت قبل وفاته، ومن ثم فهي لا تشكل في ذاتها تهديداً لمصالح الموصي، فضلاً عن أنها لا تنفذ إلا في حدود ثلث التركة[٣].

---

(١) محكمة مصر الوطنية : ١٩١٨/١٠/٣٠ – المجموعة الرسمية – ٢١ – رقم ٤٤ (ذكره : د/ عبد الباقي : هامش ١ – ص ٤١٧).

(٢) وكانت محكمة الاستئناف قد اعتبرت الاتفاق وصية لا يسري إلا في حدود ثلث التركة، إلا أن محكمة النقض لم تسلم بهذا التكييف، واعتبرت الاتفاق نوعاً من التعامل في التركة المستقبلة، ومن ثم أبطلته، انظر : نقض مدني : ١٩٣٤/١٤٦ – مجموعة عمر – جـ١ – ص ٤٤٩، (وأشار إليه أستاذنا الدكتور/ عبد الباقي: هامش ٢ – ص ٤١٧) .

(٣) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٩٩ .

(ب) الحكمة من الحظر :

كان الرومان يعتبرون التعامل في التركة المستقبلة ، مخالفاً للآداب، لأن من يتعامل في تركة إنسان لا يزال حياً، إنما يضارب على موته، كما أن هذا التعامل كان كذلك مخالفاً للنظام العام، لأنه قد يغري صاحب المصلحة بالتعجيل بموت المورث، ومن ثم فإن التصرف لو صدر من المورث أو اشترك في هذا التصرف أو أجازه، يكون صحيحاً، ومن ثم كان جزاء الحظر قابلية العقد أو التصرف للإبطال(١).

أما التشريعات الحديثة ، فقد نظرت إلى مصلحة الوارث بجانب مصلحة المورث، لأن الوارث الذي يتعامل في تركة مستقبلة يغلب أن يكون لديه طيشاً يجعله يبدد ما لديه من أموال، وما يحتمل أن يملكه في المستقبل، كما أن تحريم التعامل في التركة المستقبلة يحمي مصالح باقي الورثة، وقواعد الميراث (٢). كما يحفظ للمورث حريته في التصرف في أمواله حتى وفاته ومن ذلك حريته في الإيصاء .

---

(١) انظر في ذلك : د/ السنهوري : ص ٥٠٨ : ص ٥٠٩ .
(٢) د/ عبد الباقي : ص ٤١٦ ، د/ الأهواني :/ ص ١٤٣ حيث يذكر سيادته أن إباحة التعامل في التركة المستقبلة من شأنه أن يشجع المرابين على نصب شراكهم حول الورثة المحتملين لشراء التركة بثمن بخس .

(ج) شروط تطبيق الحظر :

يشترط لتطبيق الحظر المذكور ، ما يلي :

١- أن يصدر التعامل حال حياة صاحب التركة متعلقاً بتركته المستقبلة، أي ألا ينفذ إلا بعد وفاة صاحب التركة(١).

٢- ألا يترتب على التعامل سوى منح حق احتمالي(٢)، فإذا كان التصرف ينتج آثاره في الحال فهذا لا يعد تعاملاً في التركة المستقبلة، ومن أمثلة ذلك أن يبيع المورث لوارثه في الحال مالا مملوكاً ، أو يهبه إياه، فليس هذا تعاملاً في تركة مستقبلة، بل هو تصرف في مال حاضر. ذلك لأن تقييد التصرفات لا يكون إلا ابتداءاً من مرض الموت، وأما قبل ذلك فللمالك كامل الأهلية حرية التصرف في ملكه، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم، ولو كان التصرف صادراً لأحد الورثة، ما لم يكن التصرف مشوباً بعيب(٣). كذلك تجب التفرقة بين أن يبيع الوارث مالاً معيناً على أنه سيؤول إليه من تركة مورثه وهذا بيع باطل لأنه تعامل في تركة مستقبلة، وبين أن يبيع الوارث هذا المال على أنه ملكه في الحال، وهذا بيع ملك الغير وهو

---

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٩٥ . ويجب أن تفهم كلمة التعامل على أنها تشمل العقد والإرادة المنفردة، راجع : د/ الأهواني : ص ١٤٣ .

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٩٥ .

(٣) انظر : د/ السنهوري : هامش ١ – ص ٥١١ .

قابل للإبطال[١].

٣- أن يترتب على التعامل المساس بالتركة المستقبلة، بأن يرد على التركة في مجموعها أو على جزء منها أو على مال معين يدخل فيها، ومن ثم لا يبطل عقد التأمين على الحياة لعدم مساسه بالتركة المستقبلة رغم أن وفاة الشخص المؤمن على حياته محل اعتبار في العقد[٢]، كما لا يعد تعاملاً في تركة مستقبلة التصرفات التي تبرم حال الحياة ولكن يؤجل تنفيذ التزاماتها كلها أو بعضها إلى ما بعد الوفاة[٣]، كأن يقترض شخص مبلغاً من النقود ويتعهد برده عند وفاته، أو عند وفاة مورثه ، أو يتعهد شخص بسداد دين على والده بعد وفاة الوالد[٤].

(د) جزاء مخالفة الحظر :

قرر المشرع بطلان التعامل في التركة المستقبلة بطلاناً مطلقاً، ومن ثم تقضي المحكمة بالبطلان من تلقاء نفسها ، ويحق لكل صاحب مصلحة التمسك به، كما لا ترد عليه الإجازة، ولا يصححه رضاء صاحب التركة بالتصرف.

---

(١) د/ السنهوري : هامش ١ - ص ٥١٠ .
(٢) د/ الأهواني : ص ١٤٣.
(٣) د/ عبد الباقي : ص ٤١٩ ، د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٩٦.
(٤) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ١٩٧.

وأخيراً يشترط بداهة أن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه، أي أن يكون داخلاً في دائرة التعامل ، فما لا يقبل التعامل بطبيعته لا يصلح محــلاً للالتــزام، كالشمس والهواء، أو بسبب الغرض الذي خصص له كالمال العام والمــال الموقوف، أو كان مما لا يقبل التعامل بنص القانون(١).

---

(١) انظر المادة / ٨١ من القانون المدني، وحول الأشياء غير القابلة للتعامل، راجــع : د/ السنهوري : ص ٣١٠ وما بعدها .

المبحـــث الثالث

" السـبـــب "

لا يكفي لقيام العقد أن يتوافر الرضاء والمحل، بل يجب أيضاً توافر السبب، ويستلزم الأمر إلقاء الضوء على فكرة السبب ونشأتها، ثم مفهوم السبب لدى النظرية التقليدية، ومفهومه وفقاً للنظرية الحديثة، وموقف القانون المصري من مفهوم السبب وإثباته، وأخيراً كلمة حول فكرة السبب في الفقه الإسلامي، وفي الشرائع الأنجلو أمريكية ، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

فكرة السبب ونشأتها

إذا كان التساؤل عن المحل هو : بماذا التزم المدين ؟ فإن التساؤل عن السبب يكون : لماذا التزم المدين ؟

ويمكن القول ، أن فكرة السبب لا يثار الحديث عنها إلا في مجال الالتزامات الإرادية ، أي التي تقوم على الإرادة ، وتشمل العقد والإرادة المنفردة، أما الالتزامات غير الإرادية، فلا مجال لفكرة السبب فيها، حيث أن القانون هو الذي يفرض الالتزام على المدين أو المسئول، دون أن يكون لإرادته دخل في ذلك .

كما يلاحظ أن فكرة السبب قد ارتبطت بالشكل، حيث توجد بينهما علاقة عكسية، فكلما طغى الشكل ضعفت أهمية السبب، والعكس صحيح، ولهذا لم يهتم القانون الروماني بفكرة السبب في ظل سيطرة الشكلية على العقود والتصرفات القانونية بصفة عامة، ولكن بظهور العقود الرضائية بدأ ظهور فكرة السبب لدى الرومان ، ولكنهم حددوه في أمر واحد هو المصدر المنشئ للالتزام، ومن ثم لم يجعل القانون الروماني السبب ركناً لازماً لقيام العقد، وإن كانت الفكرة غير بعيدة عن أذهان فقهاء الرومان، وقد تأثر بها القضاء البريتوري في أواخر عصور القانون الروماني للتخفيف من حدة الشكلية، ولكي يتوافق القانون مع مقتضيات العدالة[١].

ولعل الفضل في نشأة السبب، باعتباره ركناً في العقد، يرجع إلى القانون الكنسي، والذي قد تأثر بفكرة السبب في عمومها لدى القضاء البريتوري في ظل القانون الروماني، ولكن القانون الكنسي قد بلور الفكرة وأوضحها، ووصل إلى أن السبب ركن لازم لقيام العقد، ومن ثم فإن كل عقد ليس له سبب ، أو له سبب مخالف للأخلاق، يقع باطلاً، وحدد السبب

(١) ويلاحظ أن تدخل البريتور لم يؤد إلى حد الاعتراف بالسبب كركن في العقد، إذ يقوم العقد صحيحاً ، ولو لم يستند إلى سبب، إلا أنه قد تم منح المدين وسيلة يدافع بها عن نفسه في هذه الحالة وهي الدفع بالغش، بل أجيز له أن يرفع دعوى مبتدأة على دائنه يطلب فيها تقرير براءة ذمته على أساس عدم وجود سبب لالتزامه، انظر : د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٤٣٠ ، وهامش ١ .

بـــأنه الغرض المباشر الأول الذي يسعى المتعاقد إليه من وراء ارتضائه العقد، واستهدف بالسبب توفير العدالة في العقود، لأنه مما يتنافى مع العدالة أن يتحمل المتعاقد ما يفرضه عليه العقد من التزامات، إذا كان الغرض الأول الذي التزم من أجله لم يتحقق(١) .

ولكن سرعان ما توسع الكنسيون في فكرة السبب ، فأدخلوا فيه – إلى جانب الغرض المباشر القريب – الباعث الشخصي الذي دفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد، الأمر الذي قصدوا به إسباغ الفضيلة على العقود، بجعلها تتفق مع الأخلاق، ومن ثم فقد أسسوا العقود على دعامتين أساسيتين هما : العدالة والفضيلة(٢).

وقد ثار الجدل حول فكرة السبب ، لدرجة أن هذه النظرية كانت من أكثر النظريات التي ثار الجدول حولها، وقد لعب القضاء دوراً بارزاً في هذا الصدد .

ويمكن القول أن ثمة نظريتين حول فكرة السبب، إحداهما تسمى النظرية التقليدية، والأخرى تسمى النظرية الحديثة، ويختلف مفهوم السبب في كل منهما، وهو ما سنوضحه فيما يلي :

---

(١) د/ عبد الباقي : ٤٣١ .

(٢) د/ عبد الباقي : ص ٤٣٢ .

- J. Ghestin : op . Cit – pp. 527 et 528.

المطلب الثاني

مفهوم السبب وفقاً للنظرية التقليدية

حمل لواء هذه النظرية الفقيه الفرنسي Domat وذلك ابتداءاً من القرن السابع عشر، إذ تأثر بفكرة السبب كما عرفها البريتور الروماني، أي على أنها تعني الغرض القريب المباشر الذي يقصده الملتزم من وراء التزامه، وأخذ الفقيه الفرنسي Pothier فكرة السبب عن Domat ، وعن هذين الفقهيين انتقلت الفكرة إلى مجموعة نابليون، وبعد صدور هذه المجموعة (أو المدونة) أخذ الفقهاء الفرنسيون يعالجون نظرية السبب على الأسس التي وضع الرومان بذورها الأولى، وقام Pothier ، Domat بصقلها وتنميتها ، حتى أطلق عليها " النظرية التقليدية في السبب"[1].

وسنبين مضمون النظرية ، وتقييمها ، كالتالي :

- راجع في ذلك :

G. Chevrier : Essai sur L'histaore de la cause dans les obligations – th – Paris – 1929 – PP. 222 et S, J. Ghestin : Op. Cit – N. 638 et 639 – PP. 529 ct 530,

- د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٤٣٣ .

أولاً : مضمون النظرية :

(١) المقصود بالسبب :

بداءة ، يفرق فقهاء النظرية التقليدية بين مفاهيم ثلاثة للسبب هي[١] :

أ - السبب الإنشائي : ويقصد به الواقعة القانونية التي أنشأت الالتزام، أي مصدر الالتزام سواء تمثل في عقد أو إرادة منفردة أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب، أو نص القانون. وهذا السبب استبعدته النظرية، لأنه يتعلق بمصدر الالتزام وليس بسببه .

٢- السبب الدافع : ويعني الباعث الدافع إلى التعاقد، أي الباعث لدى الملتزم على أن يترتب في ذمته الالتزام، فهو الغرض غير المباشر أو البعيد. ومن أمثلته : الباعث الذي دفع البائع إلى بيع المنزل، حيث يتم التساؤل عن قصد البائع، هل أراد الحصول على الثمن ؟ أم قصد سداد ديونه ، أو شراء منزل آخر ؟

وقد استبعدت النظرية التقليدية هذا السبب الدافع، ومن ثم لا أثر له على وجود العقد أو قيام الالتزام، لأنه[٢] : أ - أمر خارج عن نطاق التعاقد،

---

(١) د/ حشمت أبو ستيت : المرجع السابق - ص ٢١٥ ، ومع ذلك يرى سيادته أن كلمة سبب قد تؤخذ بمعنى المصدر. كما في حالة الإثراء بلا سبب، وكذلك عندما يقع تجديد للدين بتغيير السبب (هامش ١ - ص ٢١٥).

(٢) راجع : د/ السنهوري : ص ٥٨٣ .

فلا ضرورة لذكره في العقد، ولا يستخلص حتماً من الالتزام . ب - أمر شخصي أو ذاتي، يختلف باختلاف الأشخاص، والمرجع فيه إلى نوايا المتعاقد ودوافعه الذاتية . جـ- أمر متغير ، فيختلف لا بالنسبة لكل طائفة من طوائف العقود، بل داخل العقد الواحد، وفقاً لملابسات التعاقد، فهناك مشتر يشتري منزلاً ليسكنه ، وآخر ليؤجره، وثالث ليجعل منه متجراً ... الخ .

٣- السبب القصدي : وهو الغرض المباشر القريب أو الأول ، أي الغاية المباشرة التي يقصدها المتعاقد، وهو وحده الذي تعتد به النظرية التقليدية.

فالبائع مثلاً - وكل بائع - يقصد، بتحمله بالالتزام بنقل ملكية المبيع، أن يتحمل المشتري بالالتزام بدفع الثمن، فهذا هو الغرض الأول المباشر الذي يسعى إليه البائع من وراء تحمله بالالتزام، وهو وحده الذي ينهض سبباً لالتزامه هذا[١].

وهكذا، لا تعتد النظرية التقليدية إلا بالسبب القصدي، أي الغرض الأول المباشر الذي يسعى إليه كل متعاقد، وهذا السبب وعلى عكس السبب الدافع أو الباعث ، له أربعة خصائص تميزه، فهو : ١- أمر يدخل في نطاق العقد، ويستفاد من نوع العقد، وطبيعة الالتزام ذاته. ٢- أمر موضوعي لا عبرة فيه بنوايا المتعاقد . ٣- أمر ثابت في كل العقود، لا علاقة له بالباعث الدافع إلى التعاقد . ٤- أمر مستمر ، يجب توافره عند

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٤٣٤ .

إبرام العقد وحتى تمام تنفيذه، فإذا انقطع انهار العقد [١].

(٢) تحديد السبب في الطوائف المختلفة للعقود :

حددت النظرية التقليدية السبب في الطوائف المختلفة للعقود، على النحو التالي :

(أ) في العقود الملزمة للجانبين : يعتبر التزام كل متعاقد سبباً لالتزام المتعاقد الآخر، ففي عقد البيع مثلاً ، يعتبر سبب التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، التزام المشتري بدفع الثمن، وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع. وهكذا الحال في سائر العقود التبادلية أو الملزمة للجانبين .

(ب) في العقود الملزمة لجانب واحد : يختلف السبب بحسب نوع العقد، كالتالي[٢] :

١- في العقد العيني : يعتبر سبب التزام المتعاقد ، هو سبق تسلم الشيء من المتعاقد الآخر، فسبب التزام المودع لديه برد الوديعة هو سبق

---

(١) ويكون ذلك عن طريق الدفع بعدم التنفيذ ، والفسخ أو الانفساخ، وتحمل التبعية في العقود الملزمة للجانبين .

(٢) انظر :

J.Ghestin : Op. Cit – N. 641 – P. 31,

– د/ رمضان أبو السعود : ص ١٥٥.

تسلمه لهذه الوديعة، وسبب التزام المقترض برد مبلغ القرض هو سبق تسلمه لهذا المبلغ .

٢- في العقد الرضائي الملزم لجانب واحد : يتمثل سبب التزام المتعاقد، في الوعد بالتعاقد مثلاً ، في إتمام العقد النهائي باعتباره الغرض المباشر المقصود .

٣- في عقود التبرع : سبب التزام المتبرع هو نية التبرع، دون البواعث التي دفعت إليها، فسبب التزام الواهب مثلاً، هو نيته في التبرع للموهوب له .

(٣) شروط السبب :

استلزمت النظرية التقليدية في السبب ثلاثة شروط هي :

أ - أن يكون السبب موجوداً : يجب أن يوجد السبب، وإلا كان العقد باطلاً، فقد لا يكون للالتزام سبب، كما في حالة هلاك الشيء محل الالتزام المقابل قبل قيام العقد، فلا يكون لالتزام البائع محل، ومن ثم يعد التزام المشتري بدفع الثمن مجرداً عن السبب. كذا فأنه إذا لم توجد نية التبرع في عقود التبرع، انعدم السبب وبطل العقد، وكذلك في العقد العيني كعقد القرض، لابد من وجود السبب وهو سبق تسلم مبلغ القرض ، فإذا تعهد المقترض بـرد

مبلغ القرض ولم يتسلمه بطل هذا التعهد لعدم وجود سبب للالتزام[١].

وتخلف شرط الوجود في أية مرحلة من التعاقد وحتى تمام التنفيذ، يترتب عليه سقوط الالتزام المقابل [٢].

وتظهر أهمية استمرار السبب في العقود الملزمة للجانبين، في ثلاثة أمور :

١- من حيث الدفع بعدم التنفيذ : إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، وطالب المتعاقد الآخر بهذا التنفيذ، يكون للأخير أن يمتنع هو الآخر عن تنفيذ التزامه .

٢- من حيث الفسخ : إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه لسبب أجنبي، انقضى هذا الالتزام، وسقط الالتزام المقابل له .

ب- أن يكون السبب صحيحاً : يشترط في السبب وفقاً للنظرية التقليدية أن يكون صحيحاً ، والسبب لا يكون صحيحاً إذا كان موهوماً أو مغلوطاً، أو صورياً. ومن أمثلة السبب الموهوم أو المغلوط أن يتخارج الوارث مع شخص يعتقد أنه وارث ثم يتضح عكس ذلك، أو أن يجد المدين ديناً عليه

---

(١) انظر أمثلة أخرى لدى : أستاذنا الدكتور / رمضان أبو السعود : ص ١٥٦، نقض مدني : ١٩٦٠/٧/١١ - مجموعة أحكام النقض - س ١١ - رقم ٣ - ص ٣٤.

(٢) د/ حسام لطفي : ص ١١٧ .

لآخر، ثم يتبين أن الدين القديم باطل، أو سبق للدائن أن استوفاه[١].

أما السبب الصوري ، فمثاله أن يبيع شخص أطيانه الزراعية إلى قريب له ليوفر له نصاب الترشيح لمنصب العمدة[٢]. فيكون السبب منعدماً في مثل هذه الحالات إذا كانت الصورية مطلقة، ويبطل الالتزام، وإذا كان السبب الحقيقي مشروعاً قام الالتزام، وطبقت قواعد الصورية، كذلك لا يكون السبب صحيحاً إذا كان موهوماً أو مغلوطاً، ويقع العقد باطلاً[٣]. ويرى البعض أن شرط وجود السبب يغني عن شرط صحته[٤].

ولكن هل تختلط نظرية السبب المغلوط، بنظرية الغلط ؟

يلاحظ أنه في ظل النظرية التقليدية، لا يختلط السبب المغلوط، بنظرية الغلط، وذلك لثلاثة أسباب هي[٥] :

١- قد توجد حالات ينعدم فيها السبب ، دون أن يكون المتعاقد قد وقع في غلط، فيبطل العقد على أسس انعدام السبب، دون أن يكون ذلك راجعاً إلى غلط في وجوده .

---

(١) د/ السنهوري : ص ٥٨٨.
(٢) د/ رمضان أبو السعود : ص ١٥٦ .
(٣) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٢١.
(٤) د/ محمود جمال الدين زكي : ص ٢٤١ .
(٥) د/ رمضان أبو السعود : ص ١٥٦ ، ص ١٥٧ .

٢- لا يشترط لبطلان العقد لانعدام السبب، أن يثبت المتعاقد أنه قد وقع في غلط معين، إذ أن عدم وجود السبب يعفي المتعاقد من التمسك بالغلط .

٣- أن جزاء عدم وجود السبب هو البطلان المطلق، أما جزاء الغلط فهو البطلان النسبي .

جـ- أن يكون السبب مشروعاً :

إذا كان سبب الالتزام غير مشروع لمخالفته للنظام العام أو للآداب العامة، أو للقانون، كان باطلاً ، وبالتالي يبطل العقد. فإذا تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من المال يدفعه الآخر، فيكون سبب التزام هذا الأخير غير مشروع لأنه يتمثل في التزام الشخص الأول بارتكاب جريمة[١].

ويلاحظ أنه يتعذر تطبيق هذا الشرط في ضوء أفكار النظرية التقليدية ، التي تقف في تحديدها للسبب، عند الهدف المباشر الأول، دون الهدف غير المباشر، وهو وحده الذي يتصور عدم مشروعيته، ويظهر ذلك بصفة خاصة في عقود التبرع ، التي لا يمكن القول ببطلانها لعدم مشروعية سببها، بمعنى الغرض المباشر ، فنية التبرع لا يمكن أن تكـــون

---

(١) د/ حشمت أبو ستيت : ص ٢١٩ . وكذلك الأمر إذا تعهد شخص بدفع مبلغ من المال لآخر مقابل امتناعه عن ارتكاب جريمة .

غير مشروعة[1].

وقد ذهب البعض بحق، إلى أن معظم حالات البطلان في ضوء النظرية التقليدية ، ترجع إلى بطلان محل الالتزام لعدم مشروعيته، وذلك يستوجب بطلان التزام المتعاقد الآخر لعدم مشروعية سببه .

ثانياً : تقييم النظرية التقليدية في السبب :

تعرضت النظرية التقليدية في السبب إلى نقد شديد من جانب بعض الفقهاء والذين أطلق عليهم أعداء أو خصوم السبب أو اللاسببيين les anticausalistes ، حيث رأوا أن النظرية غير صحيحة من ناحية، وغير مفيدة من ناحية أخرى، وقد رد أنصار النظرية على هذين النقدين كالتالي[2] :

(١) عدم صحة النظرية :

يذهب خصوم النظرية التقليدية إلى أن النظرية غير صحيحة من ثلاثة جوانب :

الجانب الأول : ليس صحيحاً أن سبب التزام كل متعاقد، هو التزام المتعاقد الآخر، وذلك في العقود الملزمة للجانبين، ذلك لأن الإلتزامات المتقابلة في هذه العقود تنشأ في وقت واحد ومن مصدر واحد وهو العقد، وبالتالي لا

---

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٢٢ .

يعقل أن يكون سبب التزام أحد الطرفين، التزام الطرف الآخر، لأن السبب يوجد قبل المسبب، ولأن الالتزام الواحد لا يمكن أن يكون سبباً ومسبباً في آن واحد(١).

<u>الرد على النقد السابق :</u>

يرى أنصار النظرية التقليدية، لا سيما الفقيه Capitant أن النقد السابق غير صحيح، لأنه لا توجد استحالة منطقية في تعاصر السبب القصدي، بمعنى الغرض المباشر القريب، فليس المقصود هو السبب الإنشائي أو المصدر كما اعتقد على سبيل الخطأ خصوم النظرية(١).

<u>الجانب الثاني</u> : ليس صحيحاً أن سبب الالتزام بالرد في العقد العيني، هو سبق التسلم، لأن هذا الأخير هو مصدر نشأة الالتزام، ومن ثم فإن النظرية التقليدية تخلط بين سبب الالتزام ومصدره(٢).

<u>الرد على النقد السابق :</u>

يرى أنصار النظرية أن التسليم لا يعتبر شرطاً لقيام العقد العيني، إلا من حيث الصياغة القانونية فقط، أما من حيث الواقع، فإن التسليم أثـــر

---

(١) انظر :
- Capitant (H) : De la Cause des obligations – 3e éd – 1927,

د/ عبد الباقي : ص ٤٣٦ .

(2) Planial : Traité élémentaire de drait civil français – T. 2 – N. 1037.

من آثار العقد العيني ، وليس ركناً لازماً لقيامه، فالعقد العيني، عقد رضائي ينتج أثره الكامل بمجرد الاتفاق عليه[١] ، فالمقرض مثلاً ، يلتزم بتسليم مبلغ القرض للمقترض ، بمجرد اتفاقهما على ذلك ، فإن نفذ التزامه وسلم المبلغ إلى المقترض، التزم هذا الأخير بدفع هذا المبلغ إلى المقرض، ويرجع سبب التزامه إلى واقعة التسليم ذاتها[٢].

الجانب الثالث : ليس صحيحاً أن السبب في عقود التبرع هو نية التبرع ذاتها، لأن هذه النية تمثل الرضاء، ومن ثم فإن النظرية التقليدية تخلط بين سبب الالتزام والرضاء[٣].

الرد على النقد السابق :

يرى أنصار النظرية أن نية التبرع لا تختلط بالرضاء، لأن إرادة المتبرع تتكون من عنصرين : إرادة الالتزام (الرضاء) ، وإرادة الالتزام دون مقابل (السبب) ، والدليل على ذلك إمكان توافر الرضاء دون السبب، ومثال ذلك عقد الهبة المقترن بشرط تساوي قيمته قيمة المال الموهوب، حيث تبطل الهبة على الرغم من إمكان قيام عقد معاوضة لوجود الرضاء[٤].

---

(١) ، (٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٤٣٧ ، ص ٤٣٨ .

(٣) د/ الصدة : ص ٢٥٨ .

(٤) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٢٣ .

ويرى أستاذنا الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقي، أن هذا الرد غير مقنع في الحقيقة، وقد أدى هذا بالأستاذ Capitant نفسه – وهو من أشد أنصار النظرية التقليدية– إلى أن يعترف بأن السبب في عقود التبرع يختلط بالباعث في حالتين ، الأولى : في التبرع المقترن بشرط، كما إذا وهب شخص ماله بشرط أن يخصص ريعه كمكافأة تمنح لأول خريجي ليسانس الحقوق، حيث يسلم Capitant بأن سبب التزام الواهب هو الباعث الذي دفعه إلى التبرع . والثانية : في الوصية، حيث أن سبب التزام الموصي هو الباعث الذي دفعه إلى إجراء الوصية(١).

(٢) عدم فائدة النظرية :

يوجه خصوم النظرية التقليدية نقداً آخر إليها، يتمثل في أنها نظرية غير مفيدة، حيث أنه(٢):

أ – يمكن الاستغناء عنها بفكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، حيث أن التزام كل متعاقد يرتبط بالتزام المتعاقد الآخر الذي يقابله، ومن ثم لا تكون هناك حاجة لفكرة السبب .

---

(١) د/ عبد الباقي : ص ٤٣٧ ، وهامش رقم ١ .

(٢) راجع في ذلك :

- Planial : Op. Cit – N. 1037.

ب- يمكن الاستغناء عنها بالقواعد القانونية العامة في الرضاء، وذلك في العقود العينية، والتبرعية، حيث أنه إذا تخلف التسليم في العقد العيني، أو تخلفت نية التبرع في عقود التبرع، فإن العقد نفسه لا يوجد، لانعدام ركن الرضاء، ولا نكون بحاجة لبحث فكرة السبب كما صورتها النظرية[(١)].

ج- يمكن الاستغناء عن فكرة البطلان لعدم مشروعية السبب - كما صورتها النظرية - بفكرة عدم مشروعية محل الالتزام كما في الالتزام بارتكاب جريمة مقابل مبلغ من المال[(٢)].

<u>الرد على النقد السابق</u> (إثبات فائدة النظرية) :

يرد أنصار نظرية السبب على النقد الخاص بعدم فائدة النظرية، مفندين حجج خصوم النظرية ، كالتالي :

أ - أن فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة لا يمكن تعليلها إلا عن طريق السبب، فالالتزامات في العقود الملزمة للجانبين تكون مترابطة ومتقابلة لأن كل منها سبباً للآخر[(٣)] .

ب - أن عنصر الرضاء في عقد التبرع يتحلل إلى : إرادة الالتزام، وإرادة الالتزام دون مقابل، وبالتالي لا تختلط نية التبرع بالرضاء ، ولا يحل هذا الأخير محل نية التبرع.

---

(١) د/ الصدة : ص ٢٥٨ .

(٢) د/ حسام لطفي : ص ١١٩ .

(٣) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٢٣

وقد سبق ذكر هذا التحليل، ورأينا أنه غير مقنع[١].

ج- أن هناك حالات يمكن إبطال العقد فيها عن طريق فكرة السبب، ولا يمكن فيها إبطال العقد عن طريق فكرة المحل وحده[٢].

د- أن للنظرية فائدتها في مجال العقود الملزمة للجانبين، لا سيما بعد التعديل الذي أدخله الأستاذ Capitant عليها، حيث يرى أن السبب لا يتمثل في وجود الالتزام المقابل، بل في تنفيذ هذا الالتزام، ومن ثم تبدو فائدة السبب واضحة، حيث تكشف عن سر ارتباط مصير كل من الالتزامين المتقابلين بمصير الآخر، وفي نفس الوقت تجعل النظرية من فكرة السبب الأساس القانوني لثلاثة من أهم الأفكار القانونية وهي : الدفع بعدم التنفيذ، والفسخ، وتحمل التبعة[٣].

ويتضح من التعديل الذي أدخله الأستاذ Capitant على فكرة السبب، أن هذا الفقيه قد أراد أن يجعل نظرية السبب دعامة للعقد، ليس عند إبرامه فحسب، وإنما طوال حياته أيضاً، فلم يعد السبب عنصر انعقاد فقط، بل عنصر نفاذ كذلك، وأصبح السبب يلازم العقد منذ تكوينه وحتى انقضائه، فإذا تخلف وقت الانعقاد كان الجزاء هو البطلان المطلق ، أما إذا

---

(١) راجع ما سبق : ص

(٢) د/ الصدة : ص ٢٩ ، د/ أحمد حشمت أبو ستيت : ص ٢٢٣.

(٣) د/ أبو ستيت : ص ٢٢٤ .

تخلف بعد انعقاد كان الجزاء هو الدفع بعدم التنفيذ أو الفسخ أو الانفساخ أو تحمل التبعة[١].

ويلاحظ – البعض بحق – أن التعديل السابق الذي قال به الأستاذ Capitant رغم نبل مقصده، لم يخل بدوره من النقد، لأن المتعاقد وإن كان يستهدف حقيقة حصوله على مقابل التزامه هو، أي قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، إلا أنه يستهدف بادئ ذي بدء تحميل هذا المتعاقد بالتزامه حتى يقوم بعد ذلك بالوفاء به، ون ثم فإن التعديل الذي قال به Capitant فيه تجاهل لغرض أسبق هو قيام الالتزام بداءة في ذمة المتعاقد الآخر، فقبل الوصول إلى الغاية يتعين بادئ ذي بدء أن تتحقق الوسيلة التي تؤدي إليها[٢].

القصور الحقيقي في النظرية التقليدية في السبب :

ذكرنا فيما سبق، الانتقادات التي وجهت للنظرية التقليدية، ورد أنصار النظرية عليها .

إلا أن العيب الأساسي الذي وقعت فيه النظرية هو إغفالها للسبب البعيد غير المباشر ، أي الباعث الدافع إلى التعاقد أو الالتزام، فاعتنقت

(١) د/ أبو ستيت : ص ٢٢٤.

(٢) د/ عبد الباقي : هامش – ص ٤٣٩ ، والمرجع المشار إليه .

النظرية فكرة ضيقة للسبب [١]. وإذا كانت النظرية تستهدف بذلك تحقيق استقرار المعاملات، إلا أن إغفالها الباعث الدافع إلى التعاقد حال دون تحقيقها للحماية الاجتماعية، والتي تستوجب إبطال العقود والالتزامات التي تستهدف تحقيق أغراض غير مشروعة لمخالفتها للنظام العام وحسن الآداب ، حتى لو كانت محالها مشروعة، فوفقاً لمنطق النظرية لا يمكن إبطال عقد تبرع مثلاً مهما كان الباعث على التبرع مخالفاً لحسن الآداب أو للنظام العام[٢].

ورغم الهجوم الذي تعرضت له فكرة السبب كما صورتها النظرية التقليدية، إلا أن هذا الهجوم لم يفلح في القضاء على فكرة السبب في ذاتها، حيث وجدت لها مكاناً في التشريعات المدنية المختلفة[٣].

---

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٢٣.

(٢) د/ أبو ستيت : ص ٢٢٥ ، د/ أبو الليل : ص ٢٢٣.

(٣) د/ عبد الباقي : ص ٤٣٨ ، ص ٤٣٩ .

– وعلى العكس فإن بعض التشريعات قد استبعدت فكرة السبب من بين نصوصها على أثر الانتقادات التي تعرضت لها الفكرة كما صورتها النظرية التقليدية، انظر :

- J. Ghestin : Op. Cit – N. 642 – P. 32, et note.5.

المطلب الثالث

" مفهوم السبب وفقاً للنظرية الحديثة "

تمهيـــــد :

لاحظ القضاء الفرنسي – وبحق – قصور النظرية التقليدية عن متابعة مستجدات الحياة العملية، نظراً لاعتناق هذه النظرية مفهوماً ضيقاً للسبب إذ تقصره على الغرض المباشر الأول فقط دون باقي الأغراض الأخرى، ومن ثم سار القضاء في طريق آخر، وخط لنفسه فكرة موسعة للسبب، تشمل الإعتداد بالباعث الدافع إلى التعاقد، إلى جانب الغرض المباشر الأول أو القريب، وقد رجع القضاء بذلك عن غير قصد منه إلى فكرة السبب كما صورها فقهاء القانون الكنسي [1]. وسرعان ما انضم الفقه الحديث إلى القضاء في نظريته الجديدة ، وبها أيضاً أخذ القضاء المصري، فبعد أن كان يقتصر على الاعتداد بالغرض المباشر الأول، ولا يهتم بالباعث الذي دفع إلى التصرف، أصبح يعتد بالأمرين معا[2].

ويلاحظ أن النظرية الحديثة تحقق وظيفتي السبب، حيث تحمي المتعاقد باشتراط السبب القصدي المباشر ، كما تحمي المجتمع باشتراط أن

---

(١) د/ السنهوري : ص ٥٩٨.

(٢) د/ الصدة : ص ٢٦٢ ، ص ٢٦٣ ، والأحكام المذكورة بهامشي ١،٢ – ص ٢٦٣.

يكون السبب الدافع إلى التعاقد – أي الباعث – مشروعاً[١].

وسنوضح المقصود بالسبب وتطبيقاته وفقاً للنظرية الحديثة، ثم الشروط الواجب توافرها في السبب، كالتالي :

أولاً: المقصود بالسبب وتطبيقاته :

تتوسع النظرية الحديثة في فكرة السبب، فلا تقصره على الغرض المباشر الأول، وإنما تمده ليشمل الباعث الدافع إلى التعاقد، فالنظرية الحديثة لا تلغي النظرية التقليدية ، وإنما تعد مكملة لها[٢].

ومن ثم إذا اشترى شخص منزلاً لاستغلاله في ممارسة الأعمال المنافية للآداب، فإن هذا الباعث غير مشروع إذ يخالف الآداب العامة، ومن ثم يبطل العقد لعدم مشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد، رغم مشروعية الغرض المباشر الأول لدى المشتري وهو رغبته في الحصول على ملكية المنزل[٣].

ولما كانت البواعث متعددة ، فإن النظرية الحديثة، لا تعتد إلا بالباعث الرئيسي الدافع إلى التعاقد، وتشترط فيه أن يكون مشروعاً ، وأن يتصل بالمتعاقد الآخر، حماية لاستقرار التعامل .

---

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٢٤ .

(٢) د/ أحمد أبو ستيت : ص ٢٢٧، د/ الصدة : ص ٢٦٤ .

(٣) د/ عبد الباقي : ص ٤٤٠ .

وللباعث الدافع، خصائص مغايرة لفكرة السبب لدى النظرية التقليدية، حيث أن الباعث : ١- أمر ذاتي يتصل بنوايا المتعاقد ، ٢- أمر خارج عن نطاق العقد ، ٣- أمر متغير من عقد إلى آخر(١).

تطبيقات السبب أو الباعث الدافع :

طبق القضاء الفرنسي نظريته على سائر العقود، وقضى ببطلان العقد متى كان الباعث غير مشروع، ومعلوماً من الطرف الآخر، حتى لو كان الغرض المباشر الأول مشروعاً .

ففي العقود الملزمة للجانبين ، أبطل القضاء البيع أو الإيجار الذي يراد به إعداد المكان لممارسة البغاء أو للمقامرة، كما أبطل القضاء عقد القرض الذي يكون الباعث الدافع إلى إبرامه تمكين المقترض من المقامرة، كما أبطل التبرع إذا كان الباعث الذي دفع إليه غير مشروع، أو اقترن بشرط غير مشروع كان هو الباعث على التبرع، كالتبرع لإمرأة بشرط ألا تتزوج(٢) . أو التبرع للخليلة بقصد الاستمرار في العلاقة غير المشروعة

---

(١) د/ السنهوري : ص ٦٠٥ .

(٢) د/ أبو ستيت : - ، ص ٢٢٧

- ويلاحظ أن هذا القضاء يخالف نص المادة / ٩٠٠ من القانون المدني الفرنسي، التي تقضي ببطلان الشرط وصحة العقد، إلا أنه يمكن القول أن القضاء الفرنسي قد قيد تطبيق النص باشتراط ألا يكون الشرط هو الباعث الدافع إلى التعاقد، فإذا لم يكن كذلك بطل العقد كله: انظر د/ السنهوري : ص ٦١١ .
- والحق أن مسلك القضاء الفرنسي صحيح، ويتفق مع قواعد نظرية إنقاص العقد، والتي سيأتي الحديث عنها لاحقاً .

معها، أو لوصلها بعد قطعها[1].

وقد أخذ القضاء المصري بفكرة السبب بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد، في تطبيقات كثيرة لا يتسع لمقام لذكرها، واشترط فيه أن يكون مشروعاً، وإلا بطل التصرف، شريطة أن يكون المتعاقد الآخر عالماً بالباعث غير المشروع[2].

ثانياً : الشروط الواجب توافرها في الباعث :

تشترط النظرية الحديثة في الباعث الذي يصلح سبباً للعقد، ثلاثة شروط، هي :

١- أن يكون الباعث هو الدافع إلى التعاقد :-

ومعنى ذلك عدم الاعتداد بالبواعث الأخرى غير الدافعة، ذلك لأن بواعث الإرادة متنوعة، منها الدافع وغير الدافع ، ومنها الرئيسي وغير الرئيسي، فالباعث الدافع الرئيسي هو

---

(١) أما إذا كان الباعث على التبرع هو تعويض الخليلة عما أصابها من الضرر بسبب العلاقة غير المشروعة بعد انقطاعها، فالباعث يكون مشروعاً والتبرع يكون صحيحاً، إذ يعد وفاءاً بالتزام طبيعي في واقع الأمر، انظر : د/ السنهوري : ص ٦١٠.

(٢) انظر في هذه التطبيقات : د/ السنهوري : ص ٦٢٧ ، ص ٦٢٨، د/ الصدة : ص ٢٦٣.

الذي يعتد به متى أمكن الكشف عنه، إذ يكون هو السبب[1]. والغلط في الباعث لا يؤثر على صحة العقد بخصوص ركن السبب، ولكن يجوز لمن وقع فيه أن يتمسك به استناداً إلى النظرية الحديثة في الغلط التي من شأنها إبطال العقد للغلط إذا توافرت شروطه[2].

ويكون الباعث دافعاً إلى التعاقد ، إذا كان المتعاقد قد أقدم على التعاقد تحت تأثير هذا الباعث، بحيث لولاه ما كان ليبرم العقد .

٢ - أن يكون الباعث مشروعاً :

أي ألا يكون مخالفاً للنظم العام أو الآداب العامة أو نصوص القانون، فمن يشتر منزلاً ليديره مكاناً للقمار، أو لأعمال منافية للآداب العامة يكون باعثه على الشراء غير مشروع ويبطل العقد[3].

---

(١) د/ السنهوري : ص ٦٠٤، ويشير سيادته إلى أن فكرة الباعث تلعب دور هاماً في نطاق القانون المدني والقانون الخاص بصفة عامة، بل وفي نطاق القانون العام كما في نظرية التعسف في استعمال السلطة الإدارية في القانون الإداري، ونظرية الانحراف بسلطة التشريع (انظر : هامش ٣ - ص ٦٠٤) .

(٢) د/ أبو ستيت : ص ٢٣٦ ، د/ أنور سلطان : ص ١٦٢ ، ص ١٦٣، ويبرر ذلك بكون الباعث أمر ذاتي خارج عن نطاق العقد، فلا يؤدي الغلط فيه إلى البطلان المطلق، وإنما إلى البطلان النسبي استناداً إلى النظرية الحديثة في الغلط .

(٣) انظر تطبيقات للسبب غير المشروع وغير الأخلاقي في :

- Cass, Civ : 7 – 10 – 1998 – D. 1998 – 563, D. 1999 – Som. 110 , obs. Delebecque, - Nofond : Motif illicite ou immoral – D. 1999 – Chron. 237.

وشرط مشروعية الباعث يسري بالنسبة لكافة العقود، سواء أكانـــت معاوضة أو تبرع ، ملزمة لجانب واحد، أو للجانبين .

٣- أن يتصل المتعاقد الآخرُ بالباعث :

بأن يكون عالماً به أو كان بوسعه أن يعلم به، وذلك لتحقيق استقرار المعاملات، فإذا ظل الباعث غير المشروع كامناً في نفس المتعاقد، ولم يعلم به المتعاقد الآخر، ولم يكن في إمكانه أن يعلم به، فإن هذا الباعث يظل بعيداً عن منطقة العقد، وبالتالي لا يؤدي إلى بطلانه(١).

ويميز الفقه بين المعاوضات والتبرعات، ويشترط البعض أن يكون الباعث في المعاوضات معلوماً من المتعاقد الآخر، أو كان في استطاعته العلم به، أما في التبرعات ، فالباعث غير المشروع يبطل التبرع سواء علم به المتعاقد الآخر أو لم يعلم به، لأن إرادة المتبرع هي التي تسيطر على التصرف، ولذا يعتد بالباعث الذي دفعه إلى التبرع(٢).

---

(١) د/ الصدة : ص ٢٦٥ ، ص ٢٦٦ ، د/ رمضان أبو السعود : ص ١٦٠ ، د/ عبد الباقي : ص ٤٤١ ، ويشترط الفقيه كابيتان الاتفاق على الباعث، ويأخذ القضاء الفرنسي بمرتبة العلم أو استطاعة العلم : د/ السنهوري : ص ٦٠٦.

(٢) انظر في هذا الرأي : د/ السنهوري : ص ٦٠٦ ، ص ٦٠٧، ومن هذا الرأي : د/ أنور سلطان : ص ١٦١ .

- وقد أخذ القانون الإيطالي بهذه التفرقة (مادة / ٧٨٨) .

ويذهب البعض الآخر إلى اشتراط المساهمة من جانب المتعاقدين في الباعث غير المشروع في المعاوضات، والاكتفاء بمرتبة العلم في التبرعات، حتى يكون العقد أو التصرف باطلاً[١].

وطالما أن الهدف هو تحقيق استقرار المعاملات، فإننا نؤيد الرأي الراجح في الفقه والقضاء الفرنسي، والذي يشترط علم المتعاقد الآخر بالباعث غير المشروع أو إمكان علمه به، سواء أكان التصرف معاوضة أو تبرع[٢].

وثمة ملاحظة هامة تتمثل في أن شرط العلم بالباعث غير المشروع – أو إمكان العلم به – لا يتطلب إلا حين يتمسك الطرف الذي قام لديه الباعث غير المشروع بالبطلان، إذ يكون للشرط فائدته في تحقيق استقرار التعامل، وحتى نجنب المتعاقد الآخر المفاجأة بإبطال عقد لم يكن يعلم بسبب

---

(١) مشار إليه لدى : د/ السنهوري : هامش ٢ – ص ٦٠٧ .

(٢) ينتقد أستاذنا الدكتور / محمود جمال الدين زكي، هذا الشرط الذي أخذ به القضاء الفرنسي، وساد في الفقه ، على أساس أن الحجة التي يستند إليها واهية، لأن العاقد ضحية البطلان له الرجوع على العاقد الآثم طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية بتعويض الضرر الذي لحقه منه، كما أنه لا يمكن إضافة شرط جديد لبطلان العقد لم يستلزمه القانون (انظر : ص ٢٤٧ ، ص ٢٤٨ ، هامش ١ – ص ٢٤٨) .

– والحقيقة أنه رغم وجاهة الرأي المذكور، إلا أننا نخالف أستاذنا فيما ذهب إليه من عدم ضرورة شرط العلم بالباعث غير المشروع، لأن هذا الشرط قد تقرر لتحقيق استقرار المعاملات، ولمصلحة المتعاقد الآخر، ولا يغني عنه التعويض وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية، إذ قد تكون مصلحة المتعاقد حسن النية في الإبقاء على العقد بدلاً من طلب التعويض، بل قد يكون خير تعويض إبقاء العقد سارياً ، فضلاً عن أن هذا الشرط لا يحول دون تمسك المتعاقد حسن النية بالبطلان إذا علم بالباعث غير المشروع بعد إبرام العقد كما ذكرنا في المتن، ومن ثم لا يعد الشرط بمثابة جائزة النجاح للمتعاقد الذي استطاع إخفاء عدم مشروعية غرضه عن المتعاقد الآخر كما ذهب أستاذنا إلى ذلك.

بطلانه، أما إذا كان الطرف الذي يتمسك بالبطلان حسن النية وقت قيام التصرف ، بحيث لا يعلم بالباعث غير المشروع، ولكنه علم به بعد التعاقد، فإنه يجاب إلى طلب البطلان، لأن ذلك لا يمس استقرار التعامل، كما أنه من غير المقبول أن يكافأ الطرف الآخر على نجاحه في إخفاء الباعث غير المشروع، فضلاً عن أنه إذا كان طلب البطلان يقبل من الطرف الذي لم يقم لديه الباعث غير المشروع إذا كان عالماً بهذا الباعث وقت إبرام التصرف ، فأولى أن يقبل منه ذلك إذا لم يعلم بالباعث إلا بعد تمام التصرف[١].

ويلاحظ أخيراً ، أن بعض الفقهاء يأخذون بالنظرية الحديثة بالنسبة لسبب العقد، وبمنطق النظرية التقليدية بالنسبة لسبب الالتزام، حيث يميزون بين سبب العقد، وسبب الالتزام[٢]، وبهذا أخذت بعض التشريعات[٣]، إلا أن الرأي الراجح يجمع بين الأمرين تحت مسمى السبب.

---

(١) د/ الصدة : ص ٢٦٦ والمراجع المذكورة بهامش ٢ ، د/ عبد الباقي : هامش ٢ – ص ٤٤١ .

(٢) على سبيل المثال : د/ الأهواني : ص ١٤٦ وما بعدها، وفي هذا المعنى : د/ أنور سلطان : ص ١٤٨ وما بعدها، د/ عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام ، ط ١٩٦٢ – ص ٢٣٧ .

– وإن كان أستاذنا الدكتور الأهواني يشير إلى أنه قد قصد تبسيط الموضوع للقارئ، وأنه لم يقطع برأي حول مسألة هل هناك ازدواجية في السبب، أم ازدواجية في العناصر (هامش ١ – ص ١٤٦).

– إلا أن معالجة سبب الالتزام على حده، وسبب العقد على حده ، توحي بوجود ازدواجية في السبب .

المطلب الرابع

" موقف القانون المصري من مفهوم السبب وإثباته "

هل أخذ المشرع المصري بمفهوم السبب وفقاً للنظرية التقليدية ؟ أم أنه على العكس قد غلب منطق النظرية الحديثة في السبب ؟ وكيف يتم إثبات السبب ؟

هذا ما نوضحه من خلال النقطتين التاليتين :

أولاً : مفهوم السبب في القانون المصري :

يذهب أستاذنا العلامة السنهوري إلى أن القانون المدني المصري قد اعتنق مفهوم السبب كما صورته النظرية الحديثة، أي السبب بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد، وأن المشرع لم يعد يشترط في هذا السبب سوى شرط واحد هو أن يكون مشروعاً، وقد نبذ المشرع بهذا منطق النظرية التقليدية في السبب ، واستبعدها في شتى صورها(١)، ويستند أستاذنا إلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لنص المـــادة / ١٣٦ الخاصة بالسبب(٢). ويرى أن المشرع المصري لم يفعل سوى مسايرة ما انتهي إليه الفقه والقضاء فـــي

---

(١) د/ السنهوري : ص ٦٢٣ وما بعدها .

(٢) حيث قالت : " يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاءان المصري والفرنسي في العصر الحاضر، فهو بهذه المثابة الباعث المستحث في التصرفات القانونية عامة، لا فرق في ذلك بين التبرعات والمعاوضات " – مجموعة الأعمال التحضيرية – جــ٢ – ص ٢٢ ، ص ٢٢٧ .

مصر في ظل التقنين المدني السابق[١]، وينتقد الأستاذ السنهوري صياغة نص المادة / ١٣٦ ، ويرى وجوب تعديلها بما يتفق مع ما أفصح عنه المشرع في المذكرة الإيضاحية . ويؤيد بعض الفقهاء هذا الرأي[٢].

غير أن فريقاً آخر من الفقهاء، يرون أن المشرع المصري قد أخذ بفكرة ازدواج السبب ، فقد جمع المشرع بين مفهوم السبب وفقاً للنظرية التقليدية أي السبب بمعنى الغرض المباشر الأول، ومفهوم السبب وفقاً للنظرية الحديثة، أي السبب بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد[٣]. ويرى هذا الفريق من الفقه، أن السبب بمعنى الباعث فحسب لا يستقيم مع صياغة نص المادة / ١٣٦ والتي تشترط وجود السبب، والسبب هنا لا بد وأن يعني بالضرورة الغرض المباشر الأول وفقاً للنظرية التقليدية، لأن السبب بمعنى الباعث لابد أن يكون موجوداً في كل الحالات، لأن لكل إرادة باعث يحركها- إلا إذا تعلق الأمر بإرادة عديم التمييز -، كذلك فإن المادة /١٣٧ قد ورد بها " ويعتبر السبب المذكور في العقد "، مما يدل على أن المقصود السبب بمعناه التقليدي، والذي يعد جزءاً لا يتجزأ من العقد، أما الباعث فهو أمر خارج عن نطاق العقد[٤]. والخلاصة أن المشرع المصري يجمع بين

(١) د/ السنهوري : ص ٦٢٣ .

(٢) مشار إليه لدى د/ السنهوري : هامش ٢ – ص ٦٢٥ .

(٣) د/ زكي : ص ٢٤٣، ص ٢٤٤ ، د/ أبو ستيت : ص ٢٣٠ وما بعدها، د/ الصدة : ص ٢٦٧ وما بعدها ، د/ أنور سلطان : ص ١٦٥.

(٤) د/ أبو ستيت : ص ٢٣٣ .

النظريتين التقليدية والحديثة في السبب، وهذا الازدواج ليس عيباً[١]، وقد أخذت به بعض التشريعات ، كالتشريع اللبناني[٢].

رأينا في الموضوع :

بداءة ، نرى أن كل من الرأيين السابقين قد انطلق من نقطة خاطئة، فالرأي الأول قد نظر إلى السبب في النظرية الحديثة بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد فحسب، وكذلك فعل أنصار الرأي الثاني .

والحقيقة، أن النظرية الحديثة قد جاءت مكملة للنظرية التقليدية في مفهوم السبب، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[٣]، فهي لم تستبعد مفهوم السبب وفقاً لما تصورته النظرية التقليدية، وإنما رأت وجوب تكملته بفكرة الباعث الدافع إلى التعاقد، وذلك لإبطال العقود التي يكون فيها الباعث غير مشروع، ومن ثم توجد علاقة تكاملية بين النظريتين التقليدية والحديثة.

ومن ثم ، يمكن القول أن المشرع المصري قد أخذ بمفهوم السبب وفقاً للنظرية الحديثة، والذي يشمل الغرض المباشر الأول، والباعث الدافع إلى التعاقد، وهذا الفهم يزيل الاعتراضات الموجهة إلى صياغة النصوص الخاصة بالسبب في القانون المصري (المادتان ١٣٦ ، ١٣٧)، ويتمشى

---

(١) د/ أنور سلطان : ص ١٦ .

(٢) مادة / ١٩٤ من قانون الموجبات والعقود .

(٣) راجع ما سبق : ص

مع ما أفصح عنه المشرع المصري في المذكرة الإيضاحية، من الأخذ بالنظرية الحديثة[1].

ووفقاً لنص المادة / ١٣٦ فإنه " إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سبب مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً . ويرى الفقه أن هذا النص يشترط في السبب أن يكون موجوداً ، وأن يكون مشروعاً[2]، بالمعنى السابق .

ثانياً : إثبات السبب

نصت المادة / ١٣٧ من القانون المدني المصري على ما يلي :

" ١- كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك . ٢- ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه ".

وهكذا، فإنه إذا لم يكن السبب مذكوراً في المحرر الكتابي المثبت للتعاقد، فقد وضع المشرع المصري قرينة لصالح الدائن مؤداها افتراض أن للعقد سبباً مشروعاً، غير أن هذه القرينة بسيطة، فيجوز إثبات عكسها أي

---

(١) قال بهذا الرأي من قبل أستاذنا الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٤٤٨ ، ص ٤٤٩ .

(٢) د/ أنور سلطان : ص ١٦٦ .

إثبات أن للعقد سبباً غير مشروع، بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن، فإذا أثبت ذلك قضى ببطلان العقد(١)، بشرط أن يكون السبب غير المشروع معلوماً للمتعاقد الآخر، أو كان في استطاعته العلم به .

أما إذا كان السبب مذكوراً في المحرر الكتابي المثبت للعقد، فيفترض أن هذا السبب حقيقياً ومشروعاً ، إلا إذا ثبت خلاف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب(٢)، فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه ، بكافة طرق الإثبات .

ويلاحظ أن إقامة قرينة بسيطة على أن لكل عقد سبب حقيقي ومشروع يقلل من أهمية نظرية السبب والدور الذي تؤديه كقيد على حرية الإرادة ومنفذاً للأخلاق إلى العقد، إلا أن المشرع قد أراد تحقيق استقرار المعاملات .

---

(٢) د/ أنور سلطان : ص ١٦٩ .

(٢) ويتم إثبات صورية السبب بالكتابة أو ما يقوم مقامها في هذه الحالة، لأن الأمر يتعلق بإثبات عكس الثابت بالكتابة، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٤٥٩: ص ٤٥٩ ، إلا إذا كانت صورة السبب تدليسية أي قصد بها التحايل لمخالفة نص آمر في القانون، أو مخالفة النظام العام أو حسن الآداب ، حيث يجوز إثباتها في هذه الحالة بكافة طرق الإثبات . (د / عبد الباقي : نفس الصفحة) .

المطلب الخامس

" فكرة السبب في الفقه الإسلامي "

على الرغم من أن فقهاء الإسلام لم يصلوا إلى تأصيل فكرة السبب إلى الحد الذي يجعلها ركناً لازماً لانعقاد العقد، إلا أن فكرة السبب ليست بغريبة عن الفقه الإسلامي[1]. فقد تحدث عنها الفقهاء تحت اصطلاح النية أو القصد في العقود والتصرفات، ومن ذلك ما أورده الشاطبي في الموافقات[2]، من أن : " المقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والمعاملات".

وقد اتفق جمهور الفقه الإسلامي على أنه يلزم لصحة العقد أن يكون قصد المتعاقد من إبرامه مشروعاً، إذا ذكر هذا القصد صراحة في صيغة العقد ، أو أمكن الاستدلال عليه ضمناً من ظروف التعاقد، أما إذا لم يذكر القصد الباعث على التعاقد في العقد صراحة، ولم يمكن الاستدلال عليه ضمناً من الظروف، فإن الفقه مختلف ، حيث برز اتجاهان رئيسيان في الفقه الإسلامي : أحدهما يميل إلى عدم الإعتداد بالقصد ويقولون بصحة العقد حتى لو كان هذا القصد غير مشروع، وهذا هو مذهب الأحناف والشافعية، ويطلق عليه الاتجاه المضيق في اعتبار الباعث[3].

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٤٦٠.

(٢) جـ ٢ – ص ٣٢٣.

(٣) انظر في عرض هذا الاتجاه: د/ محمد أحمد فراج : نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي – دار المطبوعات الجامعية – الاسكندرية – ١٩٩٨ – ص ١٢ : ص ١٥٤ .

في حين يذهب قسم آخر من الفقهاء وهم المالكية والحنابلة إلى الاعتداد بالباعث في كل الحالات إذا أمكن استخلاصه أو الاستدلال عليه من القرائن والملابسات المحيطة بالعقد أو المتعاقدين أو محل العقد ، ويطلق على هذا الاتجاه، الاتجاه المتوسع في اعتبار الباعث، ولكل حججه وأدلته، التي لا يتسع المقام هنا لذكرها (١).

والفقه الإسلامي يعتد بالباعث ، استناداً إلى عدة قواعد، من أهمها: قاعدة " الأمور بمقاصدها "(٢)، وقاعدة : " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني "(٣).

ويشترط بعض فقهاء الإسلام كابن قدامة، علم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع لكي يؤدي إلى بطلان العقد، وذلك عند توضيحه لبطلان بيع العصير ممن يتخذه خمراً، حيث يقول : " إنما يحرم البيع ويبطل إذا علم البائع قصد المشتري، إما بقوله، وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك" (٤).

---

(١) انظر : د/ محمد أحمد فراج : ص ١٥٢ وما بعدها .
(٢) المادة الأولى من مجلة الأحكام العدلية .
(٣) المادة الثانية من نفس المجلة .
(٤) المغني لابن قدامة : جـ٤ – ص ٢٨٣ .
– كما يقول ببطلان بيع السلاح لقطاع الطرق، أو لأهل الفتنة، وإجارة الدار لبيع الخمر.

مما سبق ، يتضح أن الفقه الإسلامي قد عرف فكرة السبب، وتطلب مشروعيته، وإلا وقع العقد باطلاً، بل إنهم نظروا إلى السبب نظرة تتسم بالسعة والشمول، إلى حد أنهم اعتدوا فيه بالباعث الدافع إلى التعاقد، على نحو ما تقول به النظرية الحديثة في السبب، ولعل ذلك يرجع إلى أن فقهاء الإسلام يستمدون أفكارهم من تعاليم الإسلام التي تقوم على الفضيلة في أعلى مراتبها، وعلى الأخلاق الحميدة في أسمى درجاتها[١].

المطلب السادس

" فكرة السبب في الشرائع الجرمانية "

تقدم أن السبب من الأركان اللازمة لقيام العقد والتصرفات القانونية عامة، وذلك في الشرائع اللاتينية ومنها التشريع الفرنسي ، والتشريع المصري. فهل تحتل فكرة السبب نفس المكانة في الشرائع الجرمانية كالتشريع الألماني والتشريع السويسري ؟.

للإجابة على هذا التساؤل ، لابد من الإشارة إلى فكرة التصرف المجرد، التي تسود الشرائع الجرمانية، وذلك فيما يلي :

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٤٦١ ، ص ٤٦٢ .
- وحول فكرة السبب في الفقه الإسلامي بصورة مفصلة راجع الأستاذ العلامة السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي - جـ٤ - ص ٥١ وما بعدها .

فكرة التصرف القانوني المجرد :

تنقسم التصرفات القانونية إلى تصرفات مسببة، وهي التي تتطلب السبب بشروطه السابقة، ركناً فيها ، وإلا كان التصرف باطلاً، وتصرفات مجردة من السبب، بحيث لا يعتبر السبب ركناً فيها، وإنما يقوم التصرف سواء استند إلى سبب أو لم يستند، وسواء أكان السبب مشروعاً – إن وجد – أو غير مشروع[١].

ويذهب رأي إلى تفسير التصرف المجرد L'acte Abstrait على أساس الإرادة الظاهرة، فهو التصرف الذي يصح بصرف النظر عن اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة، ومن ثم يرى صاحب هذا الرأي أن التصرف المجرد هو الذي يتجرد من السبب[٢].

وينتقد أستاذنا العلامة السنهوري الرأي السابق ، ذلك لأن التصرف المجرد وهو يتجرد من الإرادة الباطنة ، يتجرد في الوقت ذاته من السبب[٣].

---

(١) د/ الصدة : ص ٢٧٤ ، د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٢٤ ، ص ٢٢٥ .

(٢) ذهب إلى هذا الرأي : د/ محمود أبو عافية في رسالته : التصرف المجرد – القاهرة – ١٩٤٧ – بند ٨٤ ، ٨٥ .

(٣) د/ السنهوري : هامش ١ – ص ٦١٣.

ويرى البعض أن القوانين الجرمانية وهي تأخذ بالإرادة الظاهرة ، فإن هذه الإرادة يمكن أن تتجرد من السبب الذي حرك الإرادة الباطنة، وحينئذ يكون التصرف مجرداً، كما يمكن أن تتجرد الإرادة الظاهرة أيضاً من العيوب التي لحقت الإرادة الباطنة(١). وهذا الرأي يقترب من الرأي السابق، إلا أنه يتوسع في مفهوم التصرف المجرد.

أيا كان الأمر، فإن التصرف المجرد – في خصوص ركن السبب – هو الذي يقوم سواء وجد سبب أو لم يوجد، وسواء أكان السبب – إن وجد – مشروعاً أو غير مشروع .

ومن أمثلة التصرف المجرد في القانون الألماني، عقد انتقال ملكية العقار، فإذا سجل هذا العقد في السجل العقاري، فإن الملكية تنتقل حتى لو كان هذا الانتقال دون سبب أو كانت الإرادة معيبة، ولا يكون لمن فقد الملكية إلا الرجوع على من تلقى الملكية بدعوى الإثراء بلا سبب(٢).

والتصرف المجرد هو القاعدة في القوانين الجرمانية (٣)، أما

---

(١) د/ الصدة : ص ٢٧٤ .

(٢) د/ الصدة : ص ٢٧٥ ، وإلى جانب طائفة عقود الملكية ، توجد طائفة العقود المنشئة للالتزامات، راجع في ذلك تفصيلاً : د/ السنهوري : ص ٦١٥، وما بعدها.

(٣) ويرجع السبب في ذلك إلى تأثر هذه التقنينات بالقانون الروماني، والذي لم يكن يفسح مجالاً واسعاً لنظرية السبب، وكانت فكرة السبب فيه مادية، لا تبنى عليها نتائج عملية إلا في نطاق محدود، وبخاصة في نطاق دعاوي الإثراء ، انظر : د/ السنهوري : ص ٦١٤ .

التصرف المسبب فهو الاستثناء ، ويؤخذ السبب هنا بمفهومه لدى النظرية التقليدية، أي الغرض المباشر الأول من التعاقد، ويشترط فيه أن يكون صحيحاً ومشروعاً وإلا بطل التصرف، أما الباعث فلا أثر له في صحة التصرف ، ولو كان هو الدافع إلى إبرام التصرف.[١]

وفكرة التصرف القانوني المجرد تهدف إلى تحقيق استقرار المعاملات [٢]، ويرجح هذا الهدف على العوامل النفسية والأخلاقية[٣].

ولا تأخذ التشريعات اللاتينية ومنها التشريع المصري ، بفكرة التصرف المجرد إلا في حالات محددة جداً وعلى سبيل الاستثناء، إذ الأصل في هذا التشريع هو التصرف المسبب، وحالات التصرف المجرد تشمل تطبيقين في القانون المدني هما: ١- التزام المناب قبل المناب لديه، حيث يكون صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً، أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفوع، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره[٤].

---

(١) د/ السنهوري : ص ٦١٤ .

(٢) د/ السنهوري : ص ٦١٣، د/ الصدة : ٢٧٥ .

(٣) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٢٥ .

(٤) مادة / ٣٦١ مدني .

٢- التزام الكفيل نحو الدائن، حيث أنه التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة بين الكفيل والمدين، فلا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التي له أن يتمسك بها ضد المدين(١).

وتوجد بعض التطبيقات للتصرف المجرد في القانون التجاري المصري، تشمل الكمبيالة والسند الإذني ، والسند لحامله(٢)، وذلك تلبية لاستقرار التعامل وسرعته .

---

(١) مادة / ٧٨٢ مدني .

(٢) أما خطابات الضمان، فلا تعد من التصرفات القانونية المجردة، وإنما تندرج تحت التصرفات المسببة وفقاً للراجح في الفقه، انظر : أستاذنا الدكتور / على جمال الدين عوض : خطابات الضمان المصرفية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩١ - ص ١٦٠ وما بعدها .

المبحث الرابـــــع

" جزاء تخلف ركن أو شرط في العقد "

" البطلان "

إذا تخلف ركن من الأركان اللازمة لقيام العقد وهي الرضاء والمحل والسبب، أو تخلف ركن الشكل في العقود الشكلية، أو تخلف شرط من شروط صحة الرضاء أومن شروط المحل والسبب ، أو لم تتحقق الأهلية المطلوبة ، أو كانت ا"لإرادة معيبة، فإن الجزاء هو البطلان .

فالبطلان هو جزاء عدم توافر ركن من أركان العقد، أو شرط من شروط صحته، ويؤدي إلى انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير .

تميز البطلان عن الأنظمة المشابهة :

١ – التمييز بين البطلان والفسخ :

يختلف البطلان عن الفسخ، إذ البطلان يرجع إلى خلل في تكوين العقد، أما الفسخ فيفترض فيه أن العقد قد نشأ صحيحاً مستوفياً لكل شروطه، إلا أن أحد المتعاقدين لم يقم بتنفيذ التزامه الناشئ من العقد، فيكون من حق المتعاقد الآخر أن يتحلل من التزامه بطلب الفسخ . ولا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجانبين . وإن كان الفسخ والبطلان يؤديان إلى إزالة العقد بأثر رجعي .

٢- تمييز البطلان عن عدم النفاذ أو عدم السريان :

البطلان يصيب العقد في ذاته، فيكون العقد باطلاً سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير لوجود خلل في تكوين العقد، أما عدم النفاذ فلا يكون إلا بالنسبة إلى الغير ، وهو الأجنبي عن العقد، طبقاً لقاعدة نسبية آثار العقد، فهذا الأجنبي لا يسري في حقه عقد لم يشترك فيه، سواء أكان العقد صحيحاً أو باطلاً . ومن أمثلة ذلك بيع ملك الغير، حيث يكون قابلاً للإبطال بين طرفيه، ولكنه لا ينفذ في مواجهة المالك الحقيقي إلا إذا أقره، وكذلك العقد الذي يبرمه مدين معسر إضراراً بدائنيه، حيث يكون صحيحاً بين طرفيه، ولكنه لا يسري في حق الدائن إذا طعن فيه بالدعوى البوليصية وتوافرت شروطها(١).

وقد ينشأ العقد صحيحاً في ذاته ولكنه لا ينتج أثراً بين طرفيه، ولا يكون نافذاً في حق الغير، مثال ذلك العقد الذي يبرمه وكيل ويجاوز فيه حدود وكالته، أو يبرمه وصي ويجاوز فيه حدود الوصاية، ويسمى مثل هذا العقد بالعقد الموقوف في الفقه الإسلامي(٢).

ويلاحظ أن قابلية العقد للإبطال تزول بالإجازة ، أما عدم النفاذ فيزول بإقرار الغير الذي يعنيه موضوع العقد .

---

(١) د/ الصدة : ص ٢٧٦ .

(٢) نفس الإشارة .

أنواع البطلان:

ذهبت النظرية التقليدية إلى تقسيم البطلان إلى مراتب ثلاث الانعدام، والبطلان المطلق، والبطلان النسبي، ورتبت الانعدام عند تخلف ركن من أركان العقد وهي الرضاء والمحل والسبب، والشكل في العقود الشكلية، أما البطلان المطلق فيكون عند تخلف شرط من شروط المحل والسبب، والبطلان النسبي يكون عند نقص أهلية المتعاقد، أو وجود عيب شاب إرادته كالغلط أو التدليس (١).

بيد أن التمييز بين العقد المنعدم، والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً تفرقة منتقدة في الفقه، لأنها غير منطقية، إذ العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانوني، فهو يستوي مع العقد المنعدم في الانعدام، ولا يمكن أن يقال المنعدم أشد انعداماً من العقد الباطل بطلاناً مطلقاً، إذ لا تفاوت في العدم، وفضلاً عن ذلك فإن تلك التفرقة غير ذي فائدة، حيث أن أحكام العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هي نفس أحكام العقد المنعـدم، فكلا العقدين لا ينتـج

---

(١) راجع في ذلك، د/ السنهوري : ص ٦٤٦ ، ص ٦٤٧

- ويرى أنصار التفرقة بين البطلان والانعدام، أن العقد المنعدم لا يحتاج إلى حكم ببطلانه فهو منعدم من تلقاء نفسه، أما العقد الباطل بطلاناً فيحتاج إلى حكم ببطلانه، كذا فإن العقد المنعدم لا يترتب عليه أي أثر، أما العقد الباطل بطلاناً مطلقاً فقد تترتب عليه بعض الآثار ، انظر : د/ الصدة : ص ٢٧٨ ، ٢٧٩ .

أثراً، ولا ترد عليه الإجازة، ولا التقادم [١].

ومن ثم بقيت التفرقة فقط بين البطلان المطلق، والبطلان النسبي ، ويمكن القول أن البطلان المطلق يكون عند تخلف ركن التراضي أو المحل أو السبب، أو الأهلية، أو تخلف شرط من شروط المحل والسبب ، أو الشكل في بعض العقود[٢]، أو إذا ورد نص خاص في القانون يقضي بالبطلان .

أما البطلان النسبي فيكون عند نقص أهلية التعاقد ، أو وجود عيب شاب إرادة المتعاقد، أو إذا ورد نص خاص في القانون يقضي بأن العقد قابل للإبطال ، كما في بيع ملك الغير .

وقد نظم المشرع المصري أحكام البطلان في المواد من ١٣٨ إلى ١٤٤ من القانون المدني .

---

(١) د/ السنهوري : ص ٦٤٧، ويضيف سيادته أن التفرقة بين الانعدام والبطلان المطلق قد ابتدعها الفقه الفرنسي بمناسبة عقد الزواج، حيث قال الفقه بأنه لا يبطل دون نص، فقامت حالات بطلان لا شك فيها كما إذا تولى العقد من ليست له الصفة الرسمية في ذلك ، أو كان الزوجان من جنس واحد، فخلقت نظرية الانعدام في الفقه لتغطية هذه الحالات .

(٢) يضيف البعض إلى حالات البطلان ، حالة البطلان للغش تطبيقاً لقاعدة " الغش يفسد كل شيء " أو " الغش يبطل التصرف الذي بنى عليه "، وقد يكون التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً وقد يكون باطلاً بطلاناً نسبياً، انظر : د/ الصدة : ص ٢٨١ ، ص ٢٨٢.

وسنوضح أوجه الاختلاف بين البطلان المطلق والبطلان النسبي في مطلب أول، ثم آثار البطلان في مطلب ثان، كالتالي :

المطلـــب الأول

" أوجه الاختلاف بين البطلان المطلق والبطلان النسبي "

يتميز البطلان المطلق عن البطلان النسبي أو القابلية للإبطال من عدة وجوه، يتعلق أولها بمن له حق التمسك بالبطلان، وثانيها بالإجازة، وثالثها بالتقادم، على النحو التالي :

أولاً : من حيث التمسك بالبطلان وتقريره :

تنص المادة / ١/١٤١ من القانون المدني على أنه : " إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة " .

وبناءاً عليه، فإنه إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد، كما أن للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها .

ويقصد بالمصلحة التي تجيز التمسك بالبطلان، تلك التي تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو ببطلانه[١]، فإذا كانت المصلحة اجتماعية أو اقتصادية بحتة لا تستند إلى حق يتأثر بالبطلان فلا تكفي للتمسك بالبطلان[٢] فلا يجوز لتاجر أن يتمسك - ببطلان عقد شركة يخشى منافستها له، كما لا يجوز لجار أن يتمسك ببطلان البيع الصادر من جاره لأن له مصلحة في أن يحتفظ بهذا الجار ويبعد المشتري الجديد[٣].

أما من له مصلحة تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو ببطلانه، فإن له التمسك بالبطلان المطلق، ومن ثم يكون لكل من المتعاقدين، وخلفهما العام، والخاص أن يتمسكوا بالبطلان، كما يجوز لدائني المتعاقدين أن يتمسكوا ببطلان العقد أو التصرف الذي صدر من مدينهم باسمهم وليس باسم المدين وذلك حفاظاً على الضمان العام للمدين[٤]، ويجوز كذلك للغير الأجنبي عن العقد الباطل أن يتمسك ببطلان هذا العقد، إذا كان له حق يتأثر بالبطلان، ومن ثم فإن للمشفوع ضده أن يتمسك ببطلان العقد الذي يستند

---

(١) د/ السنهوري : ص ٧٠٢ .

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٣٤٦ ، ومع ذلك تكفي المصلحة الأدبية : د/ السنهوري: هامش ٢ – ص ٧٠٢ .

(٣) د/ السنهوري : ص ٧٠٢ ، د/ الصدة : ص ٣٨٣ .

(٤) د/ الصدة : ص ٣٨٢ ، ص ٣٨٣ ، د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٣٤٦ .

إليه الشفيع في تملكه الحصة الشائعة التي يشفع بمقتضاها[١].

ويجوز كذلك للمحكمة أن تقضي ببطلان العقد من تلقاء نسها دون حاجة إلى طلب من جانب من له حق التمسك بالبطلان، فإذا تبين للمحكمة بطلان عقد يتعلق بنزاع معروض عليها، لعدم مشروعية الباعث الدافع إليه مثلاً، قضت ببطلانه من تلقاء نفسها، نظراً لتعلق البطلان بالنظام العام، ولكونها تقرر مجرد واقع في هذه الحالة[٢].

ويلاحظ أنه يجوز التمسك بالبطلان المطلق ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف لتعلقه بالنظام العام، كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها في أية حالة تكون عيها الدعوى[٣].

أما البطلان النسبي أو القابلية للإبطال، فلا يحق التمسك به إلا من جانب من تقرر البطلان لمصلحته فقط، وقد نص المشرع على أنه : " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق "[٤].

---

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٣٤٦ .
(٢) نفس الإشارة .
(٣) د/ الصدة : ص ٣٨٣ .
(٤) مادة / ١٣٨ مدني .

ذلك لأن إبطال العقد قد تقرر لمصلحة أحد المتعاقدين، وبالتالي له وحده حق التمسك بإبطال العقد، فإذا كان سبب القابلية للإبطال هو نقص الأهلية، فناقص الأهلية وحده – أو من يمثله قانوناً – هو الذي يجوز له التمسك بالإبطال(١)، وإذا كان السبب هو عيب في الإرادة، فلمن تعيبت إرادته فقط حق التمسك بالإبطال، وإذا تقرر الإبطال بمقتضى نص قانوني في حالات أخرى، كان التمسك بالإبطال لمن خوله المشرع هذا الحق، ففي بيع ملك الغير يكون هذا الحق للمشتري فقط(٢).

كما يجوز للخلف العام للمتعاقد الذي تقرر الإبطال لصالحه أن يتمسك بالإبطال، فللورثة مثلاً أن يطلبوا إبطال العقد باسمهم بعد وفاة المتعاقد، بمقتضى حق مباشر لهم(٣). أما الخلف الخاص وكذلك الدائنون العاديون، فلا يجوز لهم طلب الإبطال إلا باستعمال حق السلف أو المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة (٤).

---

(١) انظر : المادة / ١١٩ مدني .
(٢) مادة / ٤٦٦ مدني .
(٣) د/ الصدة : ص ٣٨٤ .
(٤) د/ عبد الباقي : ص ٤٧٢ ، ذلك لأن طلب إبطال العقد غير متعلق بشخص صاحبه.
– ويلاحظ أنه إذا تم التمسك بالإبطال تأسيساً على سبب معين، ورفضت الدعوى. لهذا لا يمنع من رفع دعوى إبطال أو بطلان جديدة تأسيساً على سبب آخر مختلف، ذلك لأن القضاء برفض الدعوى لا يتضمن القضاء بصحة العقد ذاته . إلا أن الوضع يختلف إذا تعلق الأمر بدعوى صحة ونفاذ العقد، حيث أنه لو قضى بصحة العقد فيها، يمتنع التمسك بأي سبب لإبطاله أو بطلانه بعد ذلك، لأن القضاء بأن العقد صحيح يتضمن في ذاته رفض أي سبب من أسباب الإبطال أو البطلان كان يمكن لأي من طرفيه إبداءه خلال قيام الدعوى .
– انظر في ذلك : د/ عبد الفتاح عبد الباقي : هامش ١ – ص ٤٧١ ، نقض مدني : ١٩٦٦/٤/٢١ المذكور بهذا الهامش .

ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بالإبطال من تلقاء نفسها، بل لابد أن يتمسك به صاحب المصلحة، إذ الإبطال مقرر لحماية مصلحة خاصة بشخص معين، وليس بحكم طبيعة الأشياء أو لمخالفة النظام العام أو الآداب كما هو الحال في البطلان[١].

وإذا تم التمسك بالإبطال ممن تقرر لمصلحته، وتوافر له سببه، وجب على المحكمة أن تقضي به، ما لم ينص القانون على غير ذلك كما في حالة الإبطال لعيب الاستغلال، والذي يكون أمراً جوازياً للمحكمة[٢].

وأخيراً، يلاحظ أنه لا حاجة لصدور حكم قضائي ببطلان العقد الباطل بطلاناً مطلقاً، ذلك لأن العقد الباطل ليس له وجود قانوني، ولا ضرورة للحكم بالعدم على معدوم، وهذه نتيجة منطقية، إلا أن الضرورات العملية قد تستوجب الحصول على حكم بالبطلان، كما إذا كان البائع في بيع باطل قد سلم المبيع إلى المشتري ، وأراد أن يسترده، فهو بالخيار بين رفع دعوى البطلان، أو دعوى الاستحقاق، والأفضل له رفع دعوى البطلان لكي يتمكن من استرداد المبيع[٣].

---

(١) د/ الصدة : ص ٢٨٤ .

(٢) د/ عبد الباقي : ص ٤٧٣ .

(٣) أو أن يكون وجه البطلان يحتاج إلى تأكيد من جانب القضاء، كما إذا تعلق بمخالفة النظام العام أو الآداب ، راجع في ذلك : د/ السنهوري : ، ص ٧٠٦، وقارن بين : د/ جميل الشرقاوي : ص ٣٧٧ حيث يرى لزوم دعوى البطلان في جميع الأحوال.

ثانياً : من حيث التقادم المسقط :

يختلف الأمر بالنسبة لسقوط الحق في التمسك بالبطلان، في البطلان المطلق، عنه في البطلان النسبي أو القابلية للإبطال، وذلك كالتالي:

(أ) سقوط الحق في التمسك بالبطلان المطلق

وفقاً لنص المادة / ١٤١ من القانون المدني – في فقرتها الثانية – فإن دعوى البطلان تسقط بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد .

ولفهم هذا الحكم نفرق بين أمرين :

الأمر الأول : دعوى البطلان :

يتقادم الحق في رفع دعوى البطلان المطلق بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد، ومن ثم إذا كان هناك عقد بيع باطل بطلاناً مطلقاً، وتم تسليم المبيع بموجبه إلى المشتري، ومضت مدة خمس عشرة سنة على إبرام عقد البيع ، فلا يجوز للبائع رفع دعوى البطلان لاسترداد المبيع، وإذا رفعها كان من حق المشتري أن يتمسك بسقوط هذه الدعوى بمضى المدة .

والعلة في تقادم دعوى البطلان المطلق ، هى ذات العلة في التقادم عموماً، وتتمثل في ضرورة تحقيق الاستقرار القانوني للمعاملات، لاسيما

إذا مضت عليها مدة من الزمن، ووضع حد للمنازعات، ولأن الوضع الظاهر في جانب المتعاقد الآخر(١).

الأمر الثاني : الدفع بالبطلان :

إذا تعلق الأمر بالدفع بالبطلان، فهذا الدفع لا يسقط بالتقادم مهما طال الزمن ، لأن الدفوع لا تتقادم .

ومن ثم ، إذا لم يكن المتعاقد قد نفذ التزامه، وطالبه الطرف الآخر بالتنفيذ، فهنا يحق للمتعاقد الأول أن يدفع ببطلان العقد، حتى لو انقضى عليه أكثر من خمس عشرة سنة . فإذا كان المشتري لم يتسلم المبيع ، وكان عقد البيع باطلاً، ورفع المشتري دعوى يطالب فيها البائع بالتسليم، كان للبائع أن يدفع ببطلان البيع، ولو كان قد مضى على إبرام العقد أكثر من خمسة عشر سنة (٢).

وترجع حكمة عدم تقادم الدفع بالبطلان إلى أن تقرير البطلان لايهدد وضعاً مستقراً، بل على العكس يكون تقرير البطلان على إثر الدفع مطابقاً

---

(١) فتنفيذ العقد ولو كان باطلاً ، ينشئ وضعاً فعلياً، من المصلحة تأييده إذا استمر مدة طويلة ، انظر : د/ اسماعيل غانم : النظرية العامة للالتزام – جـ١ – مصادر الالتزام – ١٩٦٨ – ص ٢٨٦ .

(٢) د/ نبيل إبراهيم سعد : النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية – ٢٠٠٤ – ص ٢٤٥ .

للواقع الفعلي، فلا يخشى أن يترتب عليه إهدار وضع مستقر[١].

(ب) سقوط الحق في التمسك بالبطلان النسبي :

نصت المادة / ١٤٠ من القانون المدني على ما يلي : " ١- يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . ٢ – ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي حالة الغلط أو التدليس، من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد".

وبناءاً عليه، يسقط الحق في التمسك بالابطال بمضى ثلاث سنوات، من تاريخ اكتشاف العيب في حالة الابطال لعيب الغلط أو التدليس، ومن تاريخ إنقطاع أو زوال الاكراه في حالة الابطال لعيب الإكراه، ومن تاريخ اكتمال الأهلية في حالة الابطال لنقص الأهلية، وفي كل الحالات يسقط الحق في التمسك بالابطال بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد . فالحق في التمسك بالإبطال يسقط بأقرب الأجلين المذكورين، سواء في ذلك الدعوى أو الدفع، وذلك لأن هذا الدفع في حقيقته دعوى، والدعاوى تتقادم[٢].

(١) د/ إسماعيل غانم : ص ٢٨٦ .
(٢) مادة ٢/١٢٩ مدني .

ويلاحظ أنه في حالة الاستغلال، يجب أن ترفع الدعوى خلال سنة واحدة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة(١)، وهذه المدة كما تقدم، هي مدة سقوط وليست مدة تقادم، وقد انتقدنا ذلك(٢)، ونضيف هنا أنه كان يجب ألا تسري مدة السنة إلا من تاريخ زوال تأثير الهوى الجامح أو النفوذ الأدبي، إذا جاء العقد نتيجة استغلال الهوى الجامح أو النفوذ الأدبي(٣).

والحكمة من تقصير مدة تقادم العقد القابل للإبطال، تتمثل في حرص المشرع على استقرار المعاملات، وتحديد مصير العقد خلال مدة الثلاث سنوات(٤).

ثالثاً : من حيث الإجازة

إذا كان العقد باطلاً، فلا يزول هذا البطلان بإجازة العقد ممن له مصلحة في التمسك بالبطلان(٥).

---

(١) مادة ١٢٩ / ٢ مدني .

(٢) انظر ما سبق : ص

(٣) وقد نصت بعض التشريعات على ذلك صراحة، انظر المادة / ٢/١٦١ من القانون المدني الكويتي .

(٤) د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ٢٤٣ : ص ٢٤٤ .

(٥) مادة ١/١٤١ مدني . وقد خرج المشرع على هذا الحكم بخصوص الهبة الباطلة لعيب في الشكل إذا قام الواهب أو ورثته بتنفيذها، حيث لا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه، وهذا حكم استثنائي يرد على القواعد العامة (انظر المادة/ ٤٨٩ مدني).

أما إذا كان العقد قابلاً للإبطال ، فإن الحق في إبطال العقد يزول بالإجازة الصريحة أو الضمنية[١].

وسنوضح المقصود بالإجازة وتمييزها عما قد يختلط بها، وشروط صحتها، وأخيراً آثارها، كالتالي :

(أ) المقصود بالإجازة وتمييزها عما قد يختلط بها :

الإجازة هي تصرف قانوني بالإرادة المنفردة يعبر فيه المتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته عن رغبته في النزول عن الحق في التمسك بالإبطال[٢]. أو هي النزول عن حق طلب الإبطال ممن يتقرر لصالحه[٣]. وهي لا تحتاج إلى قبول من الطرف الآخر، ولا يمكن الرجوع فيها .

وقد تكون الإجازة صريحة، كما قد تكون ضمنية، والإجازة الصريحة هي تلك التي تتضمن التصريح بالنزول عن الحق في طلب الإبطال، بأية وسيلة تفيد ذلك ، كالكتابة واللفظ.

---

(١) مادة ١/١٣٩ مدني .

(٢) د/ نبيل إبراهيم سعد : ص ٢٤٠، وللمزيد من التفاصيل حول إجازة العقد القابل للإبطال راجع :

- Gouturier (G) : La confirmation des actes nuls – Th. Pari – 1969.

(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٤٧٣ .

أما الإجازة الضمنية ، فهي تلك التي يستدل عليها من ظروف الحال، بشرط أن يكون هذا الاستدلال قاطعاً في إفادته النزول عن حق التمسك بالإبطال، لأن النزول عن الحق لا يفترض ، ولا يتوسع في تفسيره[١]. ومن أمثلة الإجازة الضمنية قيام المتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته بتنفيذ العقد أو مطالبة المتعاقد الآخر بتنفيذه، مع علمه بسبب القابلية للإبطال[٢]، أو قيامه ببيع المال لشخص ثالث مع علمه بسبب الإبطال[٣].

وقضى بأن دفع الزوج بصورية ببيع أبرمه لزوجته، استناداً إلى أنه في حقيقته وصية، يعد إجازة ضمنية لهذا العقد، تمنعه من التمسك فيما بعد بإبطاله على أساس الاستغلال[٤].

---

(١) د/ عبد الباقي : ص ٤٧٥ .

(٢) انظر : نقض مدني : ١٩٦٣/٣/١٤ – مجموعة أحكام النقض – س ١٤ – رقم ٤٥ – ص ٢٩٨ ، حيث جاء به أن للمشتري في بيع ملك الغير (وهو بيع قابل للإبطال بنص المادة ٤٦٦ / ١ مدني) أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته، فإن فعل ، إعتبر ذلك منه إجازة للعقد.

(٣) أو قيام المتعاقد برهن المال، أو التصرف فيه بأية طريقة، سواء أكان التصرف مادياً كالبناء في الأرض المشتراه ، أو قانونياً، انظر ك د/ عبد الباقي : ص ٤٧٥، وهامش ٢ .

(٤) نقض مدني : ١٩٧٦/١٢/٢١ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٧ – رقم ٣٣١ – ص ١٨٠١ .

كما قضى بأن توقيع القاصر بعد بلوغه سن الرشد، كشاهد على عقود بيع أجراها المتقاسمون معه على أنصبائهم التي آلت إليهم بمقتضى القسمة التي أبرمها معهم في حالة قصره، يعتبر منه إجازة ضمنية لتلك القسمة(١) .

ولمحكمة الموضوع سلطة استخلاص إجازة العقد ، دون رقابة على حكمها من محكمة النقض ، طالما كان الحكم قائماً على أسباب سائغة كافية لحمل قضائه(٢). ويقع عبء إثبات الإجازة على عاتق من يدعيها (٣). ويجوز له إثباتها بكافة الطرق .

---

(١) نقض مدني : ١٩٦٢/٥/٣ – مجموعة أحكام النقض – س ١٣ – رقم ٨٩ – ص٥٩٥ .

– وعلى العكس قضى بأن الدفع بالتزوير لا يمنع من التمسك بإبطال العقد تأسيساً على نقص الأهلية، لأن ذلك لا يمثل إجازة ضمنية، انظر : نقض مدني : ١٩٦٢/٢/١٥ – مجموعة أحكام النقض – س ١٣ – رقم ٤١ – ص ٢٦٨ .

(٢) د/ عبد الباقي : ص ٤٧٨ ، نقض مدني : ١٩٦٢/٥/٣ – السابق .

– تجدر الإشارة إلى أن القانون الكويتي يعرف ما يسمى بالإجازة الحكمية، حيث أجازت المادة / ١٨٢ من القانون المدني لكل ذي مصلحة أن يعذر من له حق إبطال العقد بوجوب إبداء رغبته في إجازته أو إبطاله خلال مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ الإعذار، فإذا انتهت المدة المحددة بالإعذار، دون أن يعلن المتعاقد رغبته في الإبطال أو الإجازة، اعتبر سكوته إجازة للعقد وسقط حقه في التمسك بالإبطال. وإذا أعلن رغبته في الإجازة صراحة، فهنا يتأكد العقد ويسقط الحق في التمسك بالإبطال، أما إذا أعلن رغبته في التمسك بالابطال، ففي هذه===

*تمييز الإجازة عما قد يختلط بها :

هناك بعض المصطلحات القانونية التي قد تتشابه مع الإجازة، كالإقرار والتصحيح، وسنميز الإجازة عن الإقرار ، ثم نميز الإجازة عن التصحيح ، فيما يلي :

أ – تمييز الإجازة عن الإقرار :

الإقرار la rèfection تصرف قانوني من جانب واحد كالإجازة، إلا أنه يرد على عقد صحيح بصفة نهائية، ويصدر عن أجنبي عن العقد، وبه يضيف هذا الأجنبي أثر العقد إلى نفسه، أي يجعله سارياً في حقه، كإقرار الموكل لتصرف الوكيل الذي جاوز فيه حدود الوكالة، وإقرار المالك لبيـــع

=== الحالة يكون له اللجوء إلى القضاء للحكم بالابطال، ولكن خلال مدة سقوط الحق في التمسك بالابطال؛ فلا يجبر من تقرر الإبطال لصالحه على اللجوء إليه قبل انقضاء هذه المدة . انظر في ذلك، د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٤٠٥ : ص ٤٠٨ .

–والواقع أن رغبة المشرع الكويتي في حسم أمر العقد القابل للإبطال بسرعة، جعلته يضيق من سلطة المتعاقد في التمسك بالابطال، إذ يجب عليه تحديد موقفه إذا أعذره المتعاقد الآخر، وإلا فسر سكوته على أنه إجازة للعقد، وهذا المسلك منتقد لأن الإجازة تتضمن النزول عن الحق في الإبطال، وهذا النزول لا يفترض ، ومن ثم لايستخلص من مجرد السكوت .

الغير لملكه[١] .

أما الإجازة فإنها ترد على عقد قابل للإبطال، وتصدر من طرف في العقد، ويترتب عليها تصحيح العقد وتأكيده بعد أن كان مهدداً بالإبطال[٢].

٢ – تمييز الإجازة عن التصحيح :

تصحيح العقد **La règularisation de contrat** يعني جعل العقد الباطل من حيث الأصل، صحيحاً، وذلك باستكمال العنصر الذي كان ينقصه[٣]. وهو يجعل العقد صحيحاً بالنسبة للكافة وبأثر رجعي، في حين أن الإجازة ليس لها أثر إلا بالنسبة لمن تنازل عن حقه في الإبطال[٤].

ومن أمثلة التصحيح، استكمال الثمن في البيع المشوب بغبن، واكتساب البائع ملكية الشيء المبيع قبل التمسك بالابطال، وذلك في بيع ملك الغير[٥].

---

(١) نقض مدني : ١٩٧٢/٢/١٥ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٣ – ص١٦٢.

(٢) د/ الصدة : ص ٢٨٦ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : هامش ١ – ص ٤٧٤ ، ويشير سيادته إلى أن الفقه الإسلامي يستعمل اصطلاح " الإجازة " ليشمل الإجازة والإقرار في نفس الوقت .

(٣)د/ عبد الباقي : هامش ١ – ص ٤٧٤ .

(4) FranÇois Terrè, Phillippe Simler et Yves Lequette : Droit Civil- le obligations – 7e èd – Dalloz – Paris – 1999 – N. 373 – P. 376.

(5) : Ibid.

ومع ذلك ، تدق التفرقة بين الإجازة والتصحيح في بعض الفروض، لاسيما إذا كان التمسك بدعوى البطلان قد تقرر لشخص محدد، وكانت الإجازة تزيل العيب الذي يشوب التصرف، حيث يمكن في مثل هذا الفرض الحديث عن الإجازة والتصحيح في نفس الوقت [1].

(ب) شروط صحة الإجـــازة :

لكي تكون الإجازة صحيحة ويترتب عليها أثرها، لابد من توافر الشروط التالية[٢] :

١- يجب أن يكون المتعاقد المجيز عالماً بالعيب الذي يشوب العقد، أي عالماً بسبب الإبطال[٣] .

٢- يجب أن تتجه إرادة المجيز إلى النزول عن حقه في الابطال، وبطريقة واضحة لا تقبل الشك، وهذا يفترض توافر أهلية النزول عن الحق .

(1) Terrè Simler et Lequette : op.cit – N. 373 – P. 368.

(٢) انظر في هذه الشروط تفصيلاً :

- Terrè Simler et Lequette : op.cit – N. 376 et s

د/ نبيل سعد : ص ٢٤١ ، ص ٢٤٢ .

(٣) انظر : نقض مدني : ١٩٥٣/١١/٢٦ – مجموعة القواعد – ٤٥ – ص ٨٣، حيث جاء فيه أن : " الإجازة التي تصحح العقد القابل للإبطال هي التي تصدر ممن يملكها وهو عالم بالعيب الذي يشوب العقد، وأن يكون قاصداً إجازته " .

٣- يجب أن تتوافر في الإجازة كافة الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني، لا سيما ما يتعلق منها بالأهلية، وبسلامة الإرادة من العيوب .

وبطبيعة الحال ، يجب أن تصدر الإجازة بعد قيام العقد، لأن دعوى الإبطال تتقرر للمتعاقد اعتباراً من هذه اللحظة، ومن ثم يجوز له النزول عن التمسك بها[1]. كما يجب أن تصدر بعد زوال السبب الذي من أجله تقرر بطلان العقد .

٤- يجب أن تصدر الإجازة من الشخص الذي يحق له التمسك بالإبطال، وهذا يستفاد من تعريف الإجازة ذاتها، بوصفها تنازلاً عن الحق في طلب الإبطال[2].

ولا يهم الشكل الذي تتخذه الإجازة، فقد تكون صريحة، وقد تكون ضمنية، على النحو السابق بيانه [3].

<u>(ج) آثار الإجازة :</u>

نصت المادة / ١٣٩ من القانون المدني - في فقرتها الثانية - على ما يلي :

---

(1) Terrè, Simler et Lequette : N. 378 – P. 371, cass. Civ : 17-3-1998 – R.T.D. civ. 1998 – P. 671 – Obs. J. Mestre.
(2) Terrè, Simler et Lequette : N. 377 – P. 371.
(٣) انظر ما سبق : ص ٤١١ .

" وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير " . ومن ثم، تتمثل آثار الإجازة بما يلي :

١ - تأكيد وجود العقد بزوال ما كان يتهدده من خطر الإبطال وذلك من تاريخ إبرام العقد، حيث أن للإجازة أثراً رجعياً، أي أثراً مؤكداً للعقد المهدد بالإبطال، لا من تاريخ الإجازة وإنما من تاريخ إبرام العقد، وبالتالي فإن ما ترتب من آثار على العقد قبل إجازته يستقر نهائياً، كما تترتب الآثار الأخرى التي لم تكن قد ترتبت من قبل [١].

ومع ذلك يعارض البعض وبحق فكرة الأثر الرجعي للإجازة، والتي أخذ بها المشرع المصري، ويرى أنها لا تتفق مع التصوير الذي أخذ به المشرع المصري للبطلان النسبي، لأن العقد القابل للإبطال قبل إجازته صحيح ومنتج لآثاره، ومن ثم فهو ليس في حاجة إلى أن ترتد الإجازة إلى ماضيه لتصححه، في وقت كان هو خلاله بالفعل صحيحاً[٢].

٢- الإجازة لاتطهر العقد إلا بالنسبة للعيب الذي انصبت عليه، والذي استهدف بها تصحيح العقد منه، فإن شاب العقد أكثر من عيب، وحصلت الإجازة بالنسبة إلى عيب معين دون غيره ، لا تطهر العقد منه، ولكنه

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ٢٤٢ .

(٢) د/ اسماعيل غانم : ص ٢٨٤ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٤٧٧ .

يبقـــى مشوباً بالعيوب الأخرى، وقابلاً للإبطال بسببها [١].

كما أن للإجازة أثراً نسبياً من حيث الأشخاص، فإذا كان الإبطال مقرراً لمصلحة أكثر من شخص، فإن الإجازة التي تصدر من أحدهم لا تمس حق الآخرين في طلب الإبطال[٢].

وبناءاً عليه، يمكن القول أن للإجازة أثراً نسبياً من حيث الموضوع، ومن حيث الأشخاص .

٣- وغني عن البيان، أن الإجازة وإن كان من شأنها أن تدعم صحة العقد القابل للإبطال، بإزالة الحق في طلب إبطاله، إلا أنها لا ترفع عن العيب الذي شابه عدم مشروعيته إن كان متصفاً بها، كما هو الحال فـــي الإكراه

---

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٤٧٧ ، ويضرب سيادته مثالاً يتمثل في شراء قاصر ساعة على أنها من الذهب الخالص، في حين أنها من النحاس المطلي بالذهب، فهنا يكون العقد قابلاً للإبطال لسببين : نقص الأهلية، والغلط، فإذا أجاز المشتري العقد بعد بلوغه سن الرشد، في حين أنه لا يزال واقعاً في غلط، ففي هذه الحالة تطهر الإجازة العقد من عيب نقص الأهلية دون عيب الغلط، والذي يحق للمشتري التمسك به رغم حصول الإجازة .

(٢) د/ الأهواني : ص ١٧٢، ويضرب سيادته مثالاً بعقد البيع الصادر من أكثر من قاصر، حيث لا تؤثر الإجازة الصادرة من أحدهم بعد بلوغه سن الرشد على حق الآخرين في طلب الإبطال .

والتدليس، ومن ثم، فالإجازة لا تحول دون رجوع المجيز على المتعاقد الآخر بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية إذا توافرت شروطها، ما لم يتضح غير ذلك من قصد المجيز(١).

٤ – عدم تأثير الإجازة على حقوق الغير : ورد في نهاية نص الفقرة الثانية من المادة / ١٣٩ عبارة " دون إخلال بحقوق الغير " . وبالتالي فإن الإجازة وإن كانت تدعم صحة العقد القابل للإبطال فيما بين المتعاقدين، إلا أنها لا تضر بحقوق الغير .

ويقصد بالغير هنا، الخلف الخاص الذي تلقى من المتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته، حقاً على العين محل التعاقد إذا كان من شأن الإجازة المساس به(١). فإذا باع قاصر عقاراً له، وقام برهن العقار بعد بلوغه سن الرشد، ثم أجاز البيع بعد ذلك، فإن هذه الإجازة لا تضر بحق الدائن المرتهن، ومن ثم يبقى العقار للمشتري مثقلاً بحق الرهن(٢).

---

(١) د/ رمضان أبو السعود : ص ١٧٧ ، د/ نبيل سعد : ص ٣٤٢ .

(٢)د/ السنهوري : ص ٦٩٠ ، د/ الأهواني : ص ١٧٢ ، د/ نبيل سعد : ص ٢٤٢ ، ص ٢٤٣ .

- Terrè Simler et Lequette : op. cit – note p. 374

عكس ذلك : بلانيول – جـ٢ – بند ١٣٠٢، د/ عبد الباقي : هامش ١ – ص ٤٧، ص ٤٧٨ .

ومن ثم ، فلا حماية للغير الذي تلقى حقه من المتعاقد الآخر الذي ليس له حق التمسك بالإبطال، فإذا اشترى القاصر عيناً، ثم قام البائع ببيعها إلى مشتر آخر خشية إبطال البيع الأول ، وأجاز القاصر البيع بعد بلوغه سن الرشد، فإن الإجازة تنتج أثرها في مواجهة المشتري الثاني، حيث أنه تلقى حقه من البائع، أي ممن لم يتقرر البطلان لمصلحته [١] .

---

(١) د/ الأهواني : ص ١٧٣ ، د/ رمضان أبو السعود : ص ١٧٧ .

المطلب الثانـــــي

" آثـــار البطــــــلان "

إذا تقرر البطلان، ترتبت على ذلك بعض الآثار، ويصدق ذلك بالنسبة للبطلان المطلق والبطلان النسبي على السواء ، فمتى تقرر إبطال العقد القابل للإبطال، ترتب عليه ما يترتب على البطلان المطلق من آثار .

وآثار البطلان تسري في العلاقة فيما بين المتعاقدين، وبالنسبة للغير في حدود معينة، كما أن هناك بعض الآثار العرضية التي تحد من أثر البطلان، ومن ثم نقسم الحديث في هذا المطلب إلى فرعين، على النحو التالي :

الفرع الأول : الآثار الأصلية للعقد الباطل .

الفرع الثاني : الآثار العرضية للعقد الباطل .

الفـــــرع الأول

" الآثار الأصلية للعقد الباطل "

ندرس أولاً الآثار الأصلية للعقد الباطل فيما بين المتعاقدين، ثم بالنسبة للغير ، كالتالي :

أولاً : آثار العقد الباطل فيما بين المتعاقدين :

نصت المادة / ١٤٢ من القانون المدني على ما يلي : " ١- في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل . ٢ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ".

ويتبين من ذلك أنه إذا تقرر بطلان العقد، يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد. فإذا كان العقد الذي تقرر بطلانه لم ينفذ، فلا يلزم أي من المتعاقدين بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد . أما إذا كانت الالتزامات المترتبة على العقد الباطل، قد نفذت كلها أو بعضها، وجب إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد[١]، أي يرد كل من المتعاقدين ما تلقاه من الآخر بموجب العقد . فإذا كان العقد بيعاً وجب على المشتري رد المبيع للبائع، ووجب على البائع رد الثمن إلى المشتري ، كما يجب على المشتري رد ثمار المبيع ما لم يكن قد تملكها بحسن نية[٢].

---

(١) وذلك ما لم يعتبر تنفيذ العقد القابل للإبطال إجازة له، وفي هذه الحالة لا يقضي بالبطلان، انظر : تمييز كويتي : ١٩٧٣/٥/٩ – مجلة القضاء والقانون – س ٤ – ع ١ – ص ٦٦ .

(٢) انظر المادة / ٩٧٨ من القانون المدني والخاصة بتملك الحائز حسن النية للثمار.

والبطلان يزيل العقد وما ترتب عليه من آثار من تاريخ إبرام العقد وليس من تاريخ تقرير البطلان، فهو يزيل العقد بالنسبة إلى الماضي والمستقبل، فللبطلان أثراً رجعياً، ما لم يقض القانون بغير ذلك .

وتسري القاعدة السابقة، حتى لو وقع البطلان بسبب عدم المشروعية، كما إذا كان محل العقد أو سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة، فلم يعد هناك محل للأخذ بالقاعدة التي سادت لدى الرومان، والتي كانت تقضي بأن الطرف المدنس أو الملوث والذي يكون عدم المشروعية آتيا منه، أو يكون هو مشتركاً فيه، لا يجوز له الاسترداد، كمن يدفع مبلغاً لآخر مقابل إرتكاب جريمة، أو من يدفع مبلغاً لإمرأة لإقامة علاقة غير مشروعة معها، حيث لم يكن يجوز له استرداد هذا المبلغ إذا تقرر بطلان العقد(١).

---

(١) وقد انتقلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسي، غير أن الفقه والقضاء يقصران نطاقها على العقود المخالفة للآداب العامة، دون تلك المخالفة للنظام العام، ما لم تكن المخالفة بالغة الخطورة، وكان هناك نص في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يقنن هذه القاعدة التي كان يأخذ بها الفقه والقضاء في ظل التقنين المدني السابق، غير أن هذا النص قد حذف ، لأن القاعدة التي يوردها لا تتمشى مع منطق البطلان، (مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٢٥٨)، وحسناً فعل المشرع، لأن القاعدة المذكورة تشجع على الاتفاقات المخالفة للآداب العامة .

انظر في ذلك : د/ عبد الفتاح عبد الباقي : هامش ١ – ص ٤٨٨ .

حكم استحالــة الرد :

إذا استحال على المتعاقد رد ما أخذ بموجب العقد الباطل، فإن المشرع قد ألزمه بأداء تعويض معادل " يحكم به القاضي، ومثال ذلك أن يكون الشيء قد هلك تحت يد المشتري، فيتعذر عليه رده، وسواء أكان الهلاك بخطأ منه أو كان بقوة قاهرة ، ذلك لأن المشرع قد أورد عبارة "فإذا كان هذا مستحيلاً" ، مما يعني شمول ذلك للاستحالة بخطأ المتعاقد والاستحالة بسبب أجنبي لا يد له فيه[١]. ففي كل الحالات التي يستحيل فيها الرد، يجب الحكم بتعويض معادل .

وهناك بعض اعقود التي يتعذر فيها إعمال الأثر الرجعي للبطلان، وأهمها العقود الزمنية كعقد الإيجار، حيث يستحيل رد المنفعة التي حصل عليها المستأجر وعندئذ يلتزم المستأجر بتعويض المؤجر عن المنفعة، وهذا التعويض وإن كان ينظر في تقديره إلى مقدار الأجرة، إلا أنه لا يعد أجرة[٢]. وكذلك الحال في عقد العمل، حيث أنه يتعذر رد العمل إذا كان قد تم ، فيحكم بتعويض معادل[٣].

---

(١) في هذا المعنى : د/ عبد الباقي : ص ٤٩١ ، ص ٤٩٢ . عكس ذلك : د/السنهوري : ص ٧١١، د/ رمضان أبو السعود : ص ١٨٣ ، ص ١٨٤ .

(٢) ولهذا لا يشمله امتياز المؤجر، انظر : السنهوري : ص ٧١٢، د/ أنور سلطان : ص ١٧٩ ، ولا يتقادم بتقادم دين الأجرة : د/ نبيل سعد : ص ٢٤٧.

(٣) د/ أنور سلطان : ص ١٧٩ .

أساس الالتزام بالرد المترتب على بطلان العقد :

إذا كان الشيء الذي تسلمه المتعاقد بمقتضى العقد الباطل باقياً بذاته لم يهلك أو يتلف، فإن أساس الالتزام بالرد يتمثل في تسلم أو دفع غير المستحق، حيث يلتزم المتعاقد برد ما تسلمه دون حق، وذلك تطبيقاً لنص المادة / ١٨٢ من القانون المدني(١).

غير أن الصعوبة تثور في حالة ما إذا استحال الرد، والتزم المتعاقد قضاءاً بدفع تعويض معادل للمتعاقد الآخر، فما هو أساس أو مصدر الالتزام بأداء التعويض المعادل ؟

اختلفت آراء الفقه في هذا الصدد، فذهب البعض إلى أن أساس الالتزام بأداء التعويض المعادل هو المسئولية التقصيرية(٢)، غير أن هذا الرأي محل نظر، ذلك لأن المتعاقد يلتزم بأداء التعويض المعادل كلما تعذر عليه أن يرد الشيء الذي تسلمه، حتى ولو لم يكن ذلك راجعاً إلى خطئه، كمن يشتري سيارة بعقد باطـل أو قابل للإبطال من غير أن يكـون عالماً

---

(١) وهي تقضي بأنه " يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه، أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق ".

(٢) انظر في هذا الاتجاه نقض مدني : ١٩٦٩/٦/٤ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٠ – رقم ١٣٧ – ص ٨٦٨ ، وقارن : د/ السنهوري : ص ٧١١ ، ص ٧١٢، حيث يميل إلى هذا الاتجاه في حالة استحالة الرد بخطأ المتعاقد.

بسبب البطلان، وتصرف في السيارة على نحو يتعذر معه ردها بذاتها، معتقداً أنه مالك بمقتضى عقد صحيح [١].

ويرجع البعض الآخر أساس الالتزام بالتعويض المعادل إلى العقد الباطل ذاته، فالعقد الباطل يعد كما لو كان هو الذي رتب هذا الالتزام[٢]، إلا أن هذا الرأي لا يمكن أيضاً قبوله، لأنه طالما كان العقد باطلاً، فإنه يزول بأثر رجعي، ولا يصلح لترتيب أي التزام بأداء التعويض المعادل[٣].

ونعتقد مع البعض[٤]، أن الالتزام بأداء التعويض المعادل يجد أساسه في تسلم غير المستحق مثله في ذلك مثل الالتزام بالرد[٥].

الاستثناء الخاص بناقص الأهلية :

بعد أن قررت الفقرة الأولى من المادة / ١٤٢ قاعدة إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، إذا تم الحكم ببطلان العقد أو بإبطاله،

---

(١) د/ عبد الباقي : ص ٤٩١ ، ص ٤٩٢ .

(٢) د/ الصدة : ص ٢٩٦ والمراجع المشار إليها بهامش ١.

– ويترتب على ذلك وفقاً لهذا الرأي أنه إذا استحال على أحد المتعاقدين أن يرد ماأخذه، فلا يستطيع أن يطالب الآخر بالرد .

(٣) د/ عبد الباقي : ص ٤٩٢ .

(٤) د/ عبد الباقي : ص ٤٩٢ .

(٥) نفس الإشارة. ويرى البعض أن شروط نظرية الإثراء بلا سبب لا تتوافر، لأن البطلان يعدّ سبباً للإثراء : مشار إليه لدى د/ الأهواني هامش ٢ – ١٧٩

الفقرة الثانية استثناءاً مفاده عدم التزام ناقص الأهلية إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد الباطل، إذا أبطل العقد لنقص أهليته .

فإذا باع القاصر عقاراً، وقبض الثمن، ثم أبطل العقد بناءاً على طلبه بعد بلوغه سن الرشد – أو بناءاً على طلب الوصى عليه – فإن القاصر لا يلزم برد الثمن إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة منه، فإذا كان قد أنفقه في وجوه الانفاق المعقولة أو استثمره[1]، كان ملزماً بأن يرده في حدود ما عاد عليه من نفع، شريطة ألا يجاوز الرد مقدار الثمن بطبيعة الحال .

أما إذا كان القاصر قد بدد الثمن فيما لا يفيد، كأن ينفقه في ملذاته أو لهوه، فلا يلتزم إلا برد ما تبقى منه، فإن أنفقه كله فيما لا يفيد، لا يلتزم برد أي شيء. ويقع عبء الإثبات على عاتق القاصر [2].

---

(١) كأن يكون قد استخدمه في إشباع حاجة حقيقية له، أو تحقيق نفع لصالحه، كما إذا اشترى بالمال طعاماً أو دفعه أجرة لمسكنه أو أنفقه في تعليم نفسه، أو سدد به ديناً عليه، أو اشترى به أرضاً يستغلها، فلا يقصد بالمنفعة هنا مجرد الاغتناء، انظر د/ الصدة : ص ٢٩٦ .

(٢) لأنه يدعي خلاف الأصل، فعليه أن يثبت أنه لم ينتفع كلياً أو جزئياً بسبب تنفيذ العقد، د/ عبد الباقي : ص ٤٩٣،

– عكس ذلك : د/ محمود جمال الدين زكي : ص ٢٧٦ ، حيث يرى سيادته أن عبء الإثبات يقع على عاتق المتعاقد الآخر، فعليه أن يقيم الدليل على أن ناقص الأهلية قد أفاد مما أخذه منه تنفيذاً للعقد الباطل .

وإذا كان المشرع بذلك قد كفل الحماية لناقص الأهلية، فإن عديم الأهلية أولى بالحماية، لذا نرى ضرورة تعديل نص المادة ٢/١٤٢ ليشمل عديم الأهلية، لأنه أولى بالحماية المقررة لناقص الأهلية، وحتى يتم هذا التعديل نرى سريان الحكم الوارد بالنص على عديم الأهلية من باب أولى، إذ هو أولى وأجدر بالحماية[1]، فضلاً عن أن هذا الحكم يعد تطبيقاً لقاعدة أعم وأشمل أتت بها المادة / ١٨٦ من القانون المدني .

وبديهي أن الحماية المقررة بالنص لا يستفيد منها المتعاقد مع ناقص الأهلية – أو عديمها – ، إذ يلتزم بالرد ، سواء في ذلك بقدر ما عاد عليه من نفع أو مالحقه من ضرر .

ويتمشى الحكم الذي قرره المشرع لناقص الأهلية، مع ما قررته المادة / ١٨٦ من القانون المدني من أنه : " إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به " . فطالما أن أساس الالتزام بالرد، هو تسلم غير المستحق، فإن المادة ٢/١٤٢ ، تعد تطبيقاً لنص المادة / ١٨٦ .

(١) وهذا ما فعله المشرع الكويتي في نص المادة / ١٨٨ من القانون المدني، والتي تنص على أنه : " لا يلزم عديم الأهلية أو ناقصها، في حالة بطلان العقد أو إبطاله، إلا في حدود ما يكون قد عاد عليه، بسبب تنفيذ العقد من نفع معتبر قانوناً. ومن هذا الرأي د/ جمال الدين زكي : ص ٢٧٦ .

والواقع أن الاستثناء الخاص بناقص الأهلية محل نظر، ذلك لأنه يشجع ناقص الأهلية على إنفاق المال فيما لا يفيد، ويضيع المال على صاحبه فضلاً عن أن الفقه الإسلامي لا يميز بين كامل الأهلية وناقصها فيما يتعلق بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد كأثر للبطلان(١).

ويلاحظ أخيراً أن الاستثناء الخاص بناقص الأهلية، لا يخل بالزام ناقص الأهلية بالتعويض، إذا كان قد لجأ إلى طرق إحتيالية ليخفي بها نقص أهليته وفقاً للمادة / ١١٩ من القانون المدني، بل نرى في مثل هذه الحالة أن ناقص الأهلية غير جدير بالحماية المقررة بالمادة / ١٤٢ / ٢ لأنه يكون سيء النية .

ثانياً : آثار العقد الباطل بالنسبة للغير :

لا يقتصر أثر البطلان على العلاقة فيما بين المتعاقدين، بل يمتد إلى الغير، فيزول العقد بأثر رجعي بالنسبة للغير أيضاً .

وإذا كانت هذه هي القاعدة، فما المقصود بالغير ؟ وما هي حدود القاعدة ؟

---

(١) وهذا أيضاً ما قررته اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بدولة الكويت، في اقتراحها بحذف الحكم الذي تقرره المادة / ١٨٨ من القانون المدني الكويتي، إلا أن المشرع الكويتي لم يأخذ بهذا الاقتراح .

١- المقصود بالغير :

يقصد بالغير في هذا الصدد ، من تعاقد مع المتصرف إليه في العقد الباطل على اكتساب حق متعلق بالشيء موضوع هذا العقد[(١)]، ومن أمثلة ذلك مستأجر العين المباعة بعقد باطل، أو الدائن المرتهن لهذه العين، أو مشتريها، فالأصل أنه إذا أبطل العقد الأول أو تقرر بطلانه، يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ومن ثم يزول العقد بأثر رجعي، وتكون العقود المترتبة عليه عديمة الأثر بالنسبة للبائع، فالمشتري قد زالت ملكيته بأثر رجعي، ومن ثم لا يستطيع أن ينقلها إلى غيره، لأن فاقد الشيء لا يعطيه ، فتعتبر عقوده بالنسبة للشيء عقوداً صادرة من غير مالك[(٢)]. غير أن ذلك لا يسري بالنسبة إلى ما اكتسبه الغير استناداً إلى سبب آخر كالحيازة[(٣)].

٢- حدود القاعدة (الاستثناءات الواردة عليها) :

إن تطبيق القاعدة السابقة على إطلاقها قد يضر بالغير حسن النية ،

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ٢٤٨ ، د/ الصدة : ص ٢٩٨ .

(٢) د/ نبيل سعد : ص ٢٤٨ .

(٣) د/ جمال الدين زكي : ص ٢٨١ . ويجب تسجيل دعوى البطلان إذا تعلقت بعقد واجب التسجيل، أو التأشير بها على هامش تسجيل العقد إذا كان مسجلاً، ليكون الحكم بالبطلان حجة على من يكسب بحسن نية حقاً عينياً بعد رفع دعوى البطلان .

لذا أراد المشرع حماية هذا الغير، بتقرير بعض الاستثناءات لصالحه، ونفرق بشأن هذه الاستثناءات بين عقود الإدارة وعقود التصرف، كالتالي:

أ – عقود الإدارة :

إذا كان العقد الصادر من المتصرف إليه في العقد الباطل إلى الغير من عقود الإدارة كالإيجار، بقى العقد قائماً رغم بطلان سند تملك من صدر منه، وذلك إذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة(١)، فيشترط لسريان عقد الإيجار مثلاً في حق من عادت إليه ملكية العقار، أربعة شروط : ١ – أن تكون الأجرة أجرة المثل . ٢ – أن تكون المدة قصيرة(٢). ٣ – أن يكون المستأجر حسن النية أي يجهل ما يشوب سند المؤجر من أسباب البطلان . ٤ – أن يكون لعقد الإيجار تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية(٣).

ب – عقود التصرف :

نفرق بين المنقول والعقار(٤) :

(١) د/ نبيل سعد : ص ٢٤٩ .
(٢) لا تتجاوز ثلاث سنوات.
(٣) انظر المادة / ١/٦٠٤ مدني، ومع ذلك يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو كان هذا العقد غير نافذ في حقه (مادة ٢/٦٠٤).
(٤) راجع د/ نبيل سعد : ص ٢٤٩ .

١ - فإذا كان الشيء منقولاً وتسلمه الغير بحسن نية وهو يجهل ما يشوب سند المتصرف من أسباب البطلان، كان له أن يحتج بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، ليكتسب الملكية أو الحق العيني على أساسها، رغم أنه تعاقد مع غير مالك .

٢ - أما إذا كان الشيء عقاراً، فتجب التفرقة بين البطلان المطلق والقابلية للإبطال :

- البطلان المطلق : إذا كان سند ملكية المتصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً، فإن ملكية العقار لم تثبت للمتصرف إليه قانوناً، لأن العقد الباطل منعدم منذ قيامه، ومن ثم فإن المتصرف إليه مجرد واضع يد، ولا يستطيع الغير الذي تلقى حقاً عينياً من المتصرف إليه أن يحتج بهذا الحق في مواجهة المالك حتى لو كان حسن النية وشهر حقه قبل تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها[1].

- القابلية للإبطال :

أما إذا كان سند المتصرف قابلاً للإبطال، فإن الحكم بالإبطال لا يحتج به على الغير حسن النية الذي كسب حقه وسجله قبل تسجيل دعوى الإبطال أو التأشير بها ، ذلك لأن الغير قد تعامل مع شخص كانت الملكية

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ٢٤٩ .

ثابتة له قانوناً وقت التعاقد، أي قبل الحكم بالابطال، فضلاً عن أن الغير حسن النية، أي لم يكن يعلم – وقت انتقال الحق إليه – بالعيب الذي يشوب عقد المتصرف[١].

وهناك استثناءات أخرى وردت في مواضع متفرقة، أهمها :

١- حماية الدائنين والخلف الخاص من صورية العقد متى كانوا حسنى النية ، حيث يجوز لهم التمسك بالعقد الصورى أو العقد المستتر أيهما أوفق لمصلحتهم [٢]. فينفذ ما يرتبه المشتري في عقد بيع صوري من حقوق عينية لصالح الغير حسن النية، أي الذي كان يجهل صورية العقد .

٢- حماية الغير في مجال الشركات التجارية الباطلة : حيث لا يسري بطلان الشركة[٣]، إلا بالنسبة للمستقبل، وتعد شركة واقعية في الفترة السابقة على الحكم بالبطلان وتكون التصرفات الصادرة عنها صحيحة ،

---

(١) د/ عبد الباقي : ص ٤٩٧ ، د/ نبيل سعد : ص ٢٤٩ ، ص ٢٥٠ وانظر المادة / ١٧ من قانون الشهر العقاري .

(٢) مادة / ٢٤٤ مدني .

(٣) تبطل الشركة إذا تخلف ركن من أركانها الموضوعية العامة، أو الخاصة (اقتسام الأرباح والخسائر – تعدد الشركاء – نية المشاركة – تقديم الحصص)، أو الشكلية (الكتابة – الشهر (القيد في السجل التجاري).

حماية للغيــر حسن النية[١].

٣- حماية الدائن المرتهن – في الرهن الرسمي – حسن النية من إبطال سند ملكية الراهن بأثر رجعي، حيث يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته – أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر – إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن (مادة / ١٠٣٤ مدني) .

الفــرع الثانــي

" الآثار العرضية للعقد الباطل "

(الحد من أثر البطلان)

حاول المشرع المصري أن يحد من الأثر المباشر للبطلان وهو زوال العقد بأثر رجعي، أى من وقت إبرام العقد لا من وقت تقرير البطلان، فلجأ إلى بعض الأنظمة القانونية كانتقاص العقد، وتحول العقد، ليتوقي الانهيار الكامل للعقد، ويحقق استقرار المعاملات[٢]. وفضلاً عن ذلك تثــور

---

(١) د/ جمال الدين زكي : ص ٢٨٥ .

– وتوجد بعض التطبيقات التي أثارت اختلافاً في الفقه ، أهمها : بقاء تصرفات الوارث الظاهر، والأخذ بتطبيقات قاعدة الخطأ الشائع يولد الحق، انظر في هذه الاختلافات د/ جمال الدين زكي : هامش ٣ – ص ٢٨٥ ، وهو يرفض الأخذ بهذه التطبيقات .

(٢) د/ نبيل سعد : ص ٢٥٠ .

فكرة المسئولية عن بطلان العقد .

وسنعالج هذه الآثار أو الوسائل التي تحد من أثر البطلان تباعاً فيما يلي (١) :

أولاً : نظرية انتقاص العقد :

إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده * هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله(٢) .

وتهدف نظرية انتقاص العقد إلى تقييد نطاق بطلان العقد المعيب بقصره على القدر الذي شابه العيب بدلاً من مده ليشمل كل العقد، طالما أمكن ذلك، استقراراً للتعامل ، بالإبقاء على العقد جزئياً بدلاً من هدمه كلياً(٣) .

---

(١) هناك من يعالج نظرية انتقاص العقد تحت الآثار الأصلية – وليست العرضية– للعقد الباطل، انظر : د/ الصدة : ص ٣٠٣ .

(٢) مادة / ١٤٣ مدني .

– وحول نظرية انتقاص العقد والتصرفات القانونية عامة، راجع : د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل : المفهوم القانوني لإنقاص التصرفات القانونية – مجلة الحقوق – جامعة الكويت – ١١ – ع ٢ ، ع ٣ –١٩٨٧ – ص ١١ ، ص ٦١ وما بعدها.

(٣) د/ إبراهيم أبو الليل : المصادر الإرادية للالتزام – المرجع السابق – ص ٣٥. ويختلف مسلك المشرع المصري عن مسلك المشرع الألماني، حيث تقضي المادة / ١٣٩ من القانون المدني الألماني ببطلان العقد كله ما لم يتبين أن العقد كان سيبرم رغم الشق الباطل .

وتقوم هذه النظرية على تفسير إرادة المتعاقدين على أنه ليس لديهما مانع من الإبقاء على الجزء الصحيح في العقد[١].

ومن أمثلة انتقاص العقد ، أن تكون هناك هبة مقترنة بشرط غير مشروع، فتصح الهبة ويبطل الشرط، إلا إذا كان الشرط هو الدافع إلى التبرع، فتبطل الهبة كلها[٢]. أو أن يكون محل البيع عدة أشياء ، وقع المتعاقد في غلط جوهري بالنسبة لأحدها، فيكون البيع قابلاً للابطال في خصوص هذا الشيء فقط، ويظل صحيحاً بالنسبة للأشياء الأخرى، ما لم يتبين أن البيع ما كان ليتم إلا إذا ورد على هذه الأشياء جميعها، فيكون العقد كله قابلاً للابطال[٣]، فلا يكفي أن تكون الصفقة قابلة للتجزئة لإعمال نظرية انتقاص العقد، بل يجب أن يثبت أن تلك التجزئة لا تتعارض مع قصد المتعاقدين [٤].

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ٢٥١ .

(٢) د/ الصدة : ص ٣٠٣

- وتعتبر المادة / ٩٠٠ من القانون المدني الفرنسي هذا الشرط غير مكتوب، أي يبطل ولا يعتد به، ويصح التصرف .

(٣) د/ الصدة : ص ٣٠٣ ، ص ٣٠٤ .

(٤) د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : ص ٩٦ ، وهو نفس المعنى الذي ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٨/٥/١٦ – مجموعة أحكام النقض – س ١٩ – ص ٩٥٤ ، وفي ذات المعنى : نقض مدني : ١٩٧٣/٤/٢١ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٤ – ص ٦٤٩ .

شروط انتقاص العقد :

مما سبق يتبين أنه يشترط لانتقاص العقد – أو التصرفات القانونية بصفة عامة – ما يلي :

١ – أن يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال في شق منه فقط :

يقتضي الانتقاص أن يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال في جزء منه فقط، حيث أن هذا الجزء هو الذي يبطل، ويظل العقد صحيحاً، فلو كان العقد باطلاً بأكمله، أو قابلاً للإبطال، لا تطبق نظرية الانتقاص ، وإنما ينهار العقد بأكمله .

فقد يلحق العيب شقاً في تصرف قانوني بسيط، وقد يلحق العيب أحد التصرفات القانونية البسيطة التي يتضمنها تصرف قانوني مركب، كما في عقد " الليزنج " أي البيع الايجاري، والذي يتضمن بيعاً وإيجاراً ووكالة وكفالة، فيبطل التصرف المعيب وحده، وتبقى سائر التصرفات الأخرى صحيحة، طالما توافرت الشروط الأخرى للإنقاص (١).

ويلاحظ أن المشرع قد استخدم عبارة " الشق الباطل " ولم يستخدم عبارة الشرط الباطل " التي استعملها المشرع السويري(٢)، ولاشك أن كلمة

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٣٥٣ .

(٢) مادة ٢/٢٠ من قانون الالتزامات السويسري .

" الشق " أوسع وأشمل من كلمة " الشرط " [١].

٢ – أن يكون العقد قابلاً للتجزئة :

يجب لإعمال نظرية الانتقاص ، أن يكون العقد قابلاً للتجزئة، بحيث يكون الجزء الصحيح المتبقي من العقد قابلاً للوجود المستقل، وهذا يقتضي أن تتوافر لهذا الجزء العناصر القانونية الأساسية اللازمة لوجوده، ويجب كذلك ألا يترتب على استبعاد الجزء المعيب حدوث تغير في تكييف العقد، إذ أن هذا التغيير يؤدي إلى تحول العقد، ولا نكون حينئذ بصدد انتقاصه[٢].

ولا يكفي أن يكون العقد قابلاً للتجزئة من الناحية المادية، بل يجب أن يكون كذلك من الناحية القانونية، فعقد الصلح مثلاً لا يتجزأ ، وبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد بأكمله[٣].

٣– ألا يكون الشق الباطل هو الدافع إلى التعاقد :

يشترط أيضاً لانتقاص العقد ، ألا يكون الشق الباطل هو الدافع إلى التعاقد، حيث يبطل العقد بأكمله في هذه الحالة .

والمرجع في ذلك إلى نية الطرفين، فإذا تبين أن الشق الباطل من

---

(١) د/ الأهواني : ص ١٤٨٤ .
(٢) د/ الأهواني : ص ١٨٥ .
(٣) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٣٥٥ .

العقد قليل الأهمية من حيث ارتباطه وعلاقته بالشق الصحيح، وغير جوهري في نية وقصد المتعاقدين، ففي هذه الحالة يكون الشق الباطل غير دافع إلى التعاقد، ومن ثم لا يبطل العقد بأكمله، بل يبطل الشق المعيب وحده ويبقى العقد صحيحاً. أما إذا تبين من نية المتعاقدين أن الشق الباطل كان دافعاً إلى التعاقد، بحيث أنهما لو علما ببطلانه، لامتنعا عن إبرام العقد، ففي هذه الحالة يبطل العقد بأكمله .

واستثناءاً، قد يتدخل المشرع ويفرض إنقاص العقد في حالات معينة ولاعتبارات خاصة، ويتحقق ذلك، إذا كان البطلان الكامل للعقد يتعارض مع الهدف من القاعدة القانونية التي تقرر البطلان جزاءاً لمخالفتها، كما هو الشأن في مخالفة النصوص القانونية التي تضع حداً أقصى للأجرة أو تحدد الثمن أو الفائدة[١] . كما قد يكون الانتقاص حتمياً، حينما يستوجبه النظام العام، حتى ولو لم ينص عليه المشرع[٢].

وفي هذا الصدد ذهب البعض إلى التفرقة بين الانتقاص والبطلان الجزئي، وأساس هذه التفرقة أن الانتقاص لا يتم إلا إذا اتجهت إرادة الطرفين إلى قبوله، أما إذا تبين أن إرادة الطرفين ما كانت تتجه إلى إبرام العقد دون الشق الذي وقع باطلاً، فإن العقد يبطل بأكمله، بينما يقع البطلان

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٣٥٤ .
(٢) نفس الإشارة .

الجزئي بقوة القانون دون النظر إلى إرادة المتعاقدين [١].

والحقيقة أنه رغم وجاهة هذا الرأي ، إلا أننا لا نسايره فيما ذهب إليه، إذ ينعقد إجماع الفقه القانوني على أن البطلان الجزئي مرادف للانتقاص، ويمكن القول أن الأمر يتعلق باستثناء يرد على شرط من شروط الانتقاص فقط، حيث يفرض الانتقاص بقوة القانون حرصاً من المشرع على الإبقاء على العلاقة العقدية لاعتبارات خاصة .

وإعمالاً لمبدأ حسن النية يجب عدم التعسف عند التمسك ببطلان العقد، فلا يجوز لأحد المتعاقدين التمسك بالبطلان الكلي للعقد لمجرد التخلص من الالتزامات التي يفرضها عليه، رغم أن القاعدة القانونية التي خولفت وترتب على مخالفتها البطلان،لم تتقرر إلا لحماية المتعاقد الآخر [٢].

وأخيراً تجدر الإشارة ،إلى أنه يقع على عاتق من يدعي البطلان الكلي للعقد، إثبات أن الشق الباطل لا ينفصل عن جملة التعاقد، حيث أن المشرع قد أقام قرينة على ارتضاء المتعاقدين العقد منقوصاً منه الشق

---

(١) ذهب إلى هذا الرأي الأستاذ الدكتور / نبيل إبراهيم سعد : المرجع اسابق – ص ٢٥٣ .

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٣٥٤ ، فإذا أبرم عقد قرض بضمان رهن عيني وكفالة شخصية، فلا يجوز للكفيل لكي يتخلص من كفالته التمسك بعيب في الرهن يؤدي إلى بطلانه، وبالتالي بطلان عقد القرض ذاته، وتبعاً له الكفالة، راجع : د/ إبراهيم أبو الليل : البحث السابق : بند ٩٩ .

الذي حكم ببطلانه أو بإبطاله، وعلى من يدعي العكس عبء إثباته(١).

<u>ثانياً</u> : نظرية تحول العقـــد :

وفقاً لنص المادة / ١٤٤ من القانون المدني فإنه " إذا كان العقـــد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فـــإن العقـــد يكـــون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نيـــة المتعاقـــدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد ".

ونظرية تحول العقد نظرية ألمانية صاغها الفقه الألماني في القرن التاسع عشر، وأخذ بها التقنين المدني الألماني في نص المادة / ١٤٠، ولم يكن التقنين المدني المصري السابق يأخذ بها صراحة وكمبدأ عـــام، إلا أن القضاء كان يطبقها استناداً إلى بعض النصوص التي كان يعتبرها تطبيقـــاً للنظرية(٢). وقد أخذ بها التقنين المدني الجديد في المادة / ١٤٤ .

وتهدف النظرية إلى تحول العقد الباطل الذي قصد الطرفان إبرامـــه إلـــى عقد آخر تكون عناصره متوافرة، إذا ثبت أن نيـــة الطرفيـــن كانـــت

---

(١) د/ الصدة : ص ٣٠٤ ، د/ أحمد شوقي عبد الرحمن : ص ٩٧ ، نقض مدني: ١٩٧٥/١٢/٣١ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٦ – رقم ٣٢٨ – ص ١٧٥٧ .

(٢) انظر : د/ سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني – في الالتزامات – نظرية العقد والإرادة المنفردة – جـ ٢ – الطبعة الرابعة – دار الكتب القانونية – ١٩٨٧ – ص ٤٦٠ ، ص ٤٦١ .

تنصرف إلى هذا العقد الآخر لو علما وقت إبرام العقد الأول ببطلانه .

ومن أمثلة ذلك تحول الكمبيالة التي تكون باطلة لتخلف الشكل الذي اشترطه القانون فيها، إلى سند دين عادي وصحيح، وكذا البيع بثمن صوري، والذي يكون باطلاً لهذا السبب، يتحول إلى هبة صحيحة متى استوفت الشكل الرسمي، وتحول عقد القسمة الباطل إلى قسمة مهايأة (أي قسمة انتفاع) [1].

<u>شروط تحول العقد :</u>

يتضح من نص المادة / ١٤٤ من القانون المدني ، أنه يشترط لتطبيق نظرية تحول العقد ثلاثة شروط هي :

١ – وجود تصرف أصلي باطل :

يجب بداءة أن يكون هناك تصرف أصلي باطل أو قابل للإبطال وحكم بإبطاله، ذلك لأنه لو كان صحيحاً فلا يتحول إلى تصرف آخر حتى لو تضمن أركان هذا التصرف وكان الطرفان يفضلانه عليه، ولهذا لا تتحول

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ٢٥٨ .

– وتقضي المادة / ١٠ من قانون الإثبات المصري بتحول المحرر الذي يفتقد شرطاً من شروط الرسمية وبالتالي لا يكتسب صفة الرسمية، إلى محرر عرفي متى كان ذوو الشأن قد وقعوه بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم .

الهبة الصحيحة إلى وصية ولو تبين أن المتعاقدين يفضلان الوصية على الهبة [١] .

ويقتضي هذا الشرط أيضاً أن يكون التصرف أو العقد الأصلي باطلاً بأكمله : لأنه لو كان باطلاً في شق منه فقط لطبقت نظرية انتقاص العقد وليس تحوله، لأن الأولى تبقى على إرادة المتعاقدين بالحقيقة، في حين تعتمد نظرية التحول على إرادتهما المحتملة[٢].

٢- يجب أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر :

يشترط أيضاً أن يكون التصرف الباطل متضمناً جميع عناصر التصرف الآخر الذي يراد التحول إليه، وإلا لا تطبق نظرية التحول، ذلك لأنه لو كان العقد أو التصرف الباطل متضمناً بعض عناصر التصرف الآخر . * ، فلا يجوز إضافة العناصر الأخرى لكي يتم التصرف الآخر، بل يمتنع التحول في هذه الحالة [٣].

ويفترض هذا الشرط أن يتحد العقدان من حيث الأطراف والمحل ،

---

(١) د/ سليمان مرقس : ص ٤٦٢.
(٢) د/ سليمان مرقس : ص ٤٦٢.
(٣) د/ نبيل سعد : ص ٢٥٩ .

أما التحول فينصب على مضمون العقد وطبيعته القانونية[١].

٣ - أن تتجه إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الصحيح :

وأخيراً، يشترط أن تتجه إرادة المتعاقدين المحتملة إلى إبرام العقد أو التصرف الصحيح، لو علما ببطلان التصرف الأول، ويقوم تحول العقد على هذه الإرادة المحتملة وليس على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين .

فالتحول يتم بتفسير إرادة المتعاقدين[٢]، وتعرف نية المتعاقدين من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها دون رقابة عليه من قبل محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغاً[٣] ، ويستعين القاضي في ذلك بالقرائن القضائية[٤].

---

(١) وانظر أيضاً : نقض مدني : ١٩٧٠/١١/٢٦ – مجموعة أحكام النقض – س ٢١ – ص ١١٧٦ ، والذي قضى بتأييد الحكم المطعون فيه لرفضه إدخال متعاقد جديد ليتم العقد، ومن ثم رفض الحكم المطعون فيه تحول العقد .

(٢) د/ نبيل سعد : ص ٢٥٩ .

(٣) نقض مدني : ١٩٨٣/١١/٢٤ – مجموعة أحكام النقض – س ٣٤ – ص ١٦٦٤.

(٤) د/ سليمان مرقس : ص ٤٦٣ .

– ويمكن أن يقع التحول في نطاق القانون الإداري، ومن ذلك تحول القرار الإداري الباطل إلى قرار صحيح، إذا كانت ظروف إصدار القرار تسمح بذلك، انظر تطبيقاً لذلك في حكم المحكمة الإدارية العليا : ١٩٥٨/١١/٨ – مجموعة الأحكام الإدارية العليا – ٤ – ٦٢ – ٧ .

ثالثاً : المسئولية عن بطلان العقد :

قد يرجع سبب بطلان العقد إلى أحد المتعاقدين، بينما يجهل الطرف الآخر هذا السبب، بل ويرتب أموره على أساس صحة العقد، ثم يفاجأ بعد ذلك بإبطاله دون أن تكون له يداً في هذا البطلان، ومن أمثلة ذلك أن يلجأ ناقص الأهلية إلى طرق إحتيالية ليخفي نقص أهليته عن المتعاقد معه، فيظن الأخير أنه يتعاقد مع شخص كامل الأهلية ، فيندفع إلى إبرام العقد، ثم يفاجأ بعد ذلك ببطلانه، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد الآخر أن يطالب ناقص الأهلية بالتعويض[١].

ففي كل حالة يكون سبب البطلان أو الإبطال فيها راجعاً إلى خطأ أحد الطرفين، يكون للطرف الآخر المطالبة بتعويض الأضرار المترتبة على بطلان العقد أو إبطاله .

ولكن ما هو أساس التعويض ؟ وبمعنى آخر هل تكون المسئولية عن بطلان العقد عقدية أم تقصيرية ؟

ذهب الفقيه الألماني إيرنج إلى أن المسئولية هنا تكون عقدية، حيث تستند إلى الخطأ عند تكوين العقد، غير أن الفقه القانوني لم يسلم بهذه النظرية ووجه لها بعض الانتقادات، أهمها أن هذه النظرية لا تستقيم مع المنطق القانوني السليم، إذا كيف تكون المسئولية عقدية، رغم أن العقد

---

(١) مادة / ١١٩ مدني .

قد قضى ببطلانه[١] ؟

ومن ثم ، استقر الفقه القانوني على أن المسئولية عن بطلان العقد تكون تقصيرية، إذ تستند إلى الخطأ التقصيري وفقاً للمادة / ١٦٣ من القانون المدني المصري[٢].

ويشترط للتعويض عن بطلان العقد وفقاً للمسئولية التقصيرية توافر أركان هذه المسئولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، ومن أمثلة الخطأ التقصيري عند إبرام العقد، تعمد ناقص الأهلية إخفاء نقص أهليته بطرق احتيالية عن المتعاقد معه، ويشترط ألا يكون من أصابه الضرر قد أسهم في وقوع سبب البطلان أو اتصل به، بأن كان يعلمه أو كان في مقدوره أن يعلم به وفقاً لظروف الحال وما تقتضيه من فطنة الشخص العادي وحرصه[٣].

---

(١) حول مضمون نظرية إيرنج والانتقادات الموجهة إليها بالتفصيل راجع : د/ السنهوري : الوسيط – جـ ١ – مصادر الالتزام – تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي – منشأة المعارف بالأسكندرية – ٢٠٠٤ – ص ٤٠٨ وما بعدها ، د/ سليمان مرقس : ص ٤٥٥ ، وما بعدها .

(٢) على سبيل المثال : د/ سليمان مرقس : ص ٤٥٧، د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٣٥٨.

(٣) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٣٥٨ .